فقه
الاجراءات والمرافعات
في القضاء الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم يسر لي أمري- ربنا أتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار.

ربنا هب لنا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشداً.

أسألك اللهم علماً نافعاً ، ورزقاً واسعاً ، وقلباً خاشعاً ، و شفاء من كل داء

د. عبد الله عزام

اسلام آباد -فيصل مسجد- الجامعة الإسلامية

تعريف القضاء

١-الحنفية:[١] (فصل الخصومات وقطع النزاعات) (على وجه مخصوص) عرفه بعضهم: (قول ملزم صادر عن ولاية عامة).

وتعريف الحنبلية قريب منه.

الجمع بينهما (فصل الخصومات و قطع المنازعات على وجه خاص صادر عن ولاية عامة).

٢-المالكية:[٢] (الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام) .

وقال بعضهم (هو الدخول بين الخالق والمخلوق ليؤدي فيهم أوامره و أحكامه بواسطة الكتاب والسنة).[٣]

يؤخذ عليه: بأن كثيراً من وظائف الخلافة تدخل فيه، وأما الثاني فيشمل التدريس والافتاء.

٣-الشافعية:[٤](فصل الخصومة بين خصمين فاكثر بحكم الله تعالى)

عرفه العز بن عبد السلام[٥] (إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن عليه امضاؤه فيه)

التعريف المختار :

(فصل الخصومات باظهار حكم الشارع فيها على سبيل الالزام) وهذ التعريف يتضمن ثلاثة مقاطع:

١-وظيفة القضاء فض النزاعات.

٢-وظيفة القاضي إظهار حكم الله تعالى في القضية.

٣-حكم القاضي ملزم ومجبر بخلاف الافتاء.

ضمانات العدالة في الإسلام

١-اختيار القاضي الكفء.

٢-التوسيع عليه في الرزق.

٣-استقلال القضاء.

٤-تحريم الرشوة والهدايا.

١- (حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٢) ٢- (مواهب الجليل ٨٦/٦) ٣- تبصرة الحكام ١٢/١ ٤- (مغني المحتاج ٣٧٢/٤) ٥- (مغني المحتاج ٣٧٢/٤)

٥-الشورى في الأحكام.

٦-بطلان الحكم لعلم القاضي.

٧-الزام القاضي باتباع نهج معين ازاء الشهود.

٨-التفريق بين المتخاصمين.

٩-النهي عن كتمان الشهادة وعن شهادة الزور.

١٠-تحذير المتخاصمين أن يأخذ أي منهما ما لا يستحقه.

١١-اقتران الحكم باسبابه.

١٢-النهي عن القضاء حالة الغضب.

١٣-المتهم بريء حتى تثبت ادانته.

١٤-بطلان حكم القاضي لنفسه.

١٥-حق المتهم في الدفاع عن نفسه.

١٦-نقض الحكم اذا خالف نصاً أو اجماعاً.

١٧-التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ في الحكم وادانة المتسبب في الضرر.

مشروعية القضاء وحكمه بالنسبة لجماعة المسلمين

وظيفة الأنبياء عليهم السلام إقرار العدل في الأرض ﴿ لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط.....﴾ الحديد: ٢٥

ووظيفة العلماء (ورثة الأنبياء) نشر القسط والعدل في الأرض، وهذه وظيفة القضاة.

وإذا: فالقضاء: **فرض على الأمة المسلمة**، ودليل هذا الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١-الكتاب: ﴿...وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم...﴾ المائدة: ٤٩.

﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما اراك الله﴾. النساء: ١٠٥.

٢- السنة: تولى ﷺ القضاء بنفسه:

فقد فرق ﷺ بين ثابت بن قيس وزوجته حبيبة بنت سهل بالخلع.[١]

وكذلك قضى بالنسبة لفاطمة بنت قيس بعد أن خاصمت زوجها بعد طلاقها ثلاثاً أنه ليس لها سكن ولا نفقه.[٢]

وقضى ﷺ بقطع يد سارق رداء صفوان بن أمية. [٣]

وولى رسول الله ﷺ بعض أصحابه القضاء

قال مسروق: كان أصحاب القضاء من أصحاب رسول الله ﷺ ستة: عمر وعلي وابن مسعود وأبي بن كعب وزيد بين ثابت وأبو موسى الأشعري، وولى علياً القضاء على اليمن وقال ﷺ : أقضاكم عليّ، وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ.

وولى معاذاً القضاء على اليمن، وولى معقل بن يسار القضاء على اليمن، وكذلك ولى أبا موسى الاشعري على اليمن، وولى عتاب بن أسيد على مكة، وقد أمر ﷺ عقبة بن عامر أن يقضي في خصومة أمامه.[٤]

وقضى عمرو بن العاص رضي الله عنه بين يدي الرسول ﷺ في خصوماته.[٥]

٣- الإجماع: أول قاض بعد وفاة الرسول ﷺ عمر رضي الله عنه، قال له أبو بكر رضي الله عنه (اقض بين الناس فإني في شغل).[٦]

...ي.

٢- (مسلم مع النووي ١٠/٩٥)

...لة ٢١٥ والدارمي ٢/٩٣.

٤- (مسند أحمد ١٠/٢٠٦) رواه أحمد برجال الصحيح والدار قطني ١/٢٠٣) بسند حسن

...د ١٥/٢٠٦ والدار قطني ٤/٢٠٣

٦- السنن الكبرى ١٠/٨٧

وتولى شريح القضاء لعمر ومن بعده لمدة ستين سنة في الكوفة، ومن قضاة التابعين الشعبي، وإياس بن معاوية.

٤- العقل: لأن الظلم سبب هلاك الامم ﴿ولقد أهلكنا القرون من قبلكم لما ظلموا...﴾ **والقضاء بأسسه سبب إزالة الظلم.**

حكم القضاء

١-على الأمة: فرض كفاية (فرض على مجموع الأمة بحيث يجب القيام به من قبل بعض منها غير معين).

٢-على الامام: حكم تنصيب الامام للقضاة فرض عين.

خطر تولى القضاء:

أ-الأحاديث الرهبية في القضاء:

١-عن أبي هريرة مرفوعاً **(من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين).** (١)

٢-عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(يدعى بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى به أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط).** (٢)

٣-عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(من كان قاضياً عالماً فقضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضياً فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان عالماً فقضى بعدل فبالحري أن ينقلب كفافاً).** (٣)

٤-روى النسائي عن مكحول **(لو خُيرتُ بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي).** (٤)

٥-عن عبدالرحمن بن سمرة أن رسول الله ﷺ قال له: **(يا عبدالرحمنَ بن سَمرة لا تسأل الامارة، فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها، وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها).** (٥)

الأحاديث المرغبة:

١- **(سبعة يظلهم الله... الإمام العادل).** (٦)

٢-عن عيَّاض بن حمار مرفوعاً **(أهل الجنة ثلاث: ذو سلطان مقسط ...ورجل رحيم القلب لكل ذي قربى ومسلم، وعفيف متعفف ذو عيال).** (٧)

٣-عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ يقول في خطبته **(إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولّوا).** (٨)

٤-وقال ﷺ **(اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، واذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)** (٩)

حكم تولي القضاء

اتفق الفقهاء على أشياء في تولي القضاء:

١-اتفقوا على أن القضاء فرض عين على من انحصرت الصلاحية فيه.

٢-واتفقوا على أن القضاء حرام على من لا يصلح له.

٣-واتفقوا على حرمة تولى القضاء على من يريد الانتقام من المسلمين أو جمع المال عن طريق الرشاوى.

١- صححه ابن حجر ورواه الاربعة والحاكم وأحمد وهو صحيح.

٢- قال الهيثمي رواه الطبراني والبزار ورجاله ثقات/ مجمع الزوائد ١٩٢/٤ ورواه أحمد.

٣- رواه البيهقي ورواه أحمد باسناد حسن مجمع الزوائد ١٩٢/٤.

٤- نصب الراية ٦٦/٤ .

٥- متفق عليه، فتح الباري ٦/٣ ١٠٦. النووي/مسلم ١١٦/١١.

٦- رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة .

٧- النووي/مسلم ١٩٨/١٧.

٨- النووي/مسلم ٢١١/١٢.

مواطن الاختلاف

١-طلب القضاء في حالة تعيينه على شخص من الأشخاص:

ذهب جمهور الفقهاء أن طلب القضاء فرض عين، و قد استدلوا بقصة سيدنا يوسف عليه السلام.

ولكن الحنابلة ذهبوا إلى عدم وجوب طلب القضاء في حال من الأحوال، حتى لو انحصرت أهلية القضاء في شخص ، لأشخاص.

وفي حكم طلب القضاء في هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد :

أ-يكره له ذلك لقول أحمد (لا يعجبني أن يدخل الرجل في القضاء وهو أسلم له).

ب-لا يكره له الطلب ولكن لا يجب عليه لقول أحمد (لابد للمسلمين من حاكم، أفتذهب حقوق الناس؟!)

٢-طلب القضاء من أجل الرزق من بيت المال:

حكمه: الاباحة عند المالكية. الكراهية: عند الحنبلية. الاستحباب عند الشافعية. الكراهية عند الحنفية.

٣-طلب القضاء من أجل اشهار العلم:

مندوب: عند المالكية والشافعية.

مكروه: عند الحنبلية والحنفية.

٤-طلب القضاء من أجل المباهاة والشهرة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى كراهية ذلك وذهب جماعة من الشافعية والمالكية إلى حرمته ﴿تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدو ا في الأرض ولا فساداً والعاقبة للمتقين﴾.

٥-طلب القضاء ببذل المال:

ذهب كثير من الفقهاء إلى حرمته مطلقاً في حق الباذل والمبذل له **(لعن الله الراشي والمرتشي)** (١).

المعنى اللغوي للدعوى

وردت الدعوى بعدة معان:

١-الطلب والتمني (لهم فيها فاكهة ولهم مايدعون).

٢-الدعاء (دعواهم فيها سبحانك اللهم).

٣-الزعم : ادعى مسيلمة النبوة.

٤-الاضافة إلى النفس، تقول: ادّعي ملك هذا البيت.

٥-الاجتماع والتألب (تداعى عليكم الأمم كما تداعى الأكلة على قصعتها).

ى الدعوى الاصطلاحي:

أ-القسم الأول: من الفقهاء عرّفوا الدعوى بأنها (طلب أو مطالبة)، ومن هؤلاء البابرتي (العناية/الهداية)، مجلة الأحكام العدلية في المالكي.

فقد عرفه البابرتي(٢) (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته).

الحق: من حقوق العباد، من له الخلاص: القاضي لأنه يلزم الخصم بالحق ويخلصه.

مذي حسن صحيح .

٢-(العناية/الهداية هامش فتح القدير ٦/١٣٧).

صفحة مفقودة

صفحة مفقودة

قال القرطبي عند هذه الآية (ومن ظلمك فخذ حقك منه بقدر مظلمتك، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله، ومن أخذ عرضك فخذ عرضه ولا تتعد إلى أبويه أو ابنه أو قريبه، وليس لك أن تكذب عليه وأن كذّب عليك، فإن المعصية لا تقابل بالمعصية ولكن من ضربك فلا يحق لك ضربه وإلا فيعزر الاثنان).

جـ-حقوق الزوج على الزوجة: للزوج أن يضرب زوجته لترك فراشه، أو عدم التزين ، أو الخروج بغير اذنه، أو الصعود على السطح لرؤية الجيران أو ليروها.

ثانياً: تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

وهي ما عدا الأعيان والديون والمنافع، كتلك المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق.

ثالثاً: حالة خوف الفتنة أو المفسدة:

لا يجوز استيفاء أي حق إذا ترتب على ذلك فتنة أو مفسده تزيد على مفسدة ضياع الحق، كفساد عضوا أو عرض أو نحوه.

رابعاً: تحصيل الديون إذا كان المدين مقراً بها باذلاً لها.

ما لا يحتاج إلى دعوى باتفاق الفقهاء

١-تحصيل الأعيان المستحقة:

اتفق الفقهاء على أن للمغصوب منه استرداد العين المغصوبة حيثما وجدها. وقصر الحنبلية الأخذ دون دعوى بالغصب فقط.

وقال جمهور الفقهاء: ان هذا الحكم يعم كل عين مستحقة بأي سبب، فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها فله أخذها دون حاكم، وكذلك سلعته التي استحقها بالوصية.

والحاصل :أن جميع المذاهب الفقهية تجيز استيفاء الحقوق المتعلقة بالأعيان، سواء كان الحق متعلقاً بعينها كحق الملك، أو كان متعلقاً بمنافعها كحق المنفعة (كالمستأجر والموصى له بالمنفعة والموقوف عليه بالنفقة). عدا الحنبلية الذين يقصرونه على الغصب.

واشترط الفقهاء لتحصيل العين المستحقة دون دعوى شروطاً:

١-أن لا يحدث التحصيل مفسدة أو فتنة.

٢-أن لا يؤدي التحصيل إلى فساد عرض أو عضو.

٣-أن تكون العين المستحقة تحت يد عادية ولم تتعلق بها حقوق الآخرين كالرهن أو الاجارة.

٢-نفقة الزوجة والأولاد:

لحديث عائشة في الصحيحين **(دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت:يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ الا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)**[1] وهذا من الرسول ﷺ افتاء وتشريع وليس قضاء.[2]

ما اختلف في جواز تحصيله دون قضاء

الحقوق التي في الذمة (الدين)

اشتد خلاف الفقهاء في جواز تحصيل الدين دون قضاء، وهم على رأيين:

١-المجيزون: أجاز جمهور الفقهاء استيفاء الحقوق بغير اذن الحاكم، وعلى رأسهم الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة وابن حزم، وان كان الحنفية أكثرهم تضييقاً في القضية.

فالحنفية: لا يجيزون استيفاء الدين بدون القاضي إلا من (حبس حقه وصفته)، فلا يجيزون أخذ الدراهم بدل الدنانير، هذا مع

ـم أن الحنفية أجازوا أخذ العين أو المنفعة ممن هي تحت يده دون اذن الحاكم . كالعين المغصوبة، والمبيع اذا كان تحت يد البائع دفع الثمن ورفض البائع تسليمه.

وأجاز الجصاص أخذ الدراهم بالدنانير استحساناً لا قياساً. (١)

وإن أخذ من غير جنسه ثم تلف في يده (تهلك هلاك الرهن بالدين) أي يضمن ما أخذ ضمان الرهن(٢).

أ-ادلة الماوردي للحنفية:

واستدل الماوردي الشافعي بأدلة للحنفية منها:(٣)

١-(لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه)(٤).

٢-روى أبوهريرة مرفوعاً (أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك) (٥).

٣-لا يجوز للدائن أن يمتلكه (المأخوذ من غير جنسه)، فلم يجز أن يأخذه قياساً على ما في يد الغريم من رهون و ودائع.

٤-لو أخذه لا يجوز له بيعه ولا تملكه . فلا يحق اذن له أخذه.

ب-ادلة ابن قدامة للحنفية: (٦)

١-أخذ الشيء بدل الحق عوض، والمعاوضة لا تجوز الا برضا المتعاوضين، للآية ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالـ...﴾النساء: ٣٩.

٢-﴿ ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم...﴾ البقرة ١٩٤.

﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به...﴾ النحل ١٢٦.

منعت الآيتان على وجوب المماثلة في القصاص، وأخذ غير جنس الحق ليس مماثلة، فيقتصر على الأخذ من الجنس.

رأي المالكية: (٧)من كان له حق على غيره وكان ممتنعاً عن أدائه فله أن يأخذ من مال المدين قدر حقه، سواء كان هذا المال من حق الدائن أم من غيرجنسه، أما رأي القرافي: فهو كرأي الحنفية (٨).

رأي الشافعية: إن صاحب الدين له أن يستقل باستيفائه من مال غريمه، سواء أكان المال من جنس حقه أم كان من غيره، بـ: (٩)

١-أن يكون الشخص الذي عليه الحق ممتنعاً عن الأداء، فإن كان موافقاً فللمدين الخيار في تعيين المال الذي يقضي به الحق.

٢-أن يكون الدين حالاً.

٣-أن لا يؤدي الأخذ إلى فتنة أو مفسدة عظيمة.

٤-أن يكون الدين حقاً للعبد.

الشافعية في تحصيل المال إذا احتاج إلى إتلاف مثل كسر باب أو قفل:

فيه قولان عند الشافعية:

أ-لا يجوز الاتلاف إلا إذا عجز تحصيله عن طريق القضاء، فإن لم يكن ممكنا عن طريق القضاء جاز بالشروط التالية:

أ-أن لا يتلف شيئا يتعلق به حق الغير، كأن تكون الدار مؤجرة أو مرهونة.

ب- أن لا تكون وسيلة أخرى للتحصيل ليس فيها إتلاف . والضرورة بقدرها.

لرائق ١٩٢/٧. ٢- (قرة عيون الأخيار ٢٨٠/١) والبحر الرائق ١٩٢/٧.

ي للماوردي ٨٤/١٣. ٤- حديث صحيح رواه أبو داود (٧٥٣٩ صحيح الجامع ٢٢٥/٦).

صحيح رواه أبوداود والترمذي والحاكم والدار قطني (صحيح الجامع ٢٣٨).

٣٢٦/٩). ٧- (فتح الجليل ٣٢١/٤)، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام صـ٣٧).

. الفروق ١٢٥/٤).

٢٦٠/٢، مغني المحتاج ٤٦٢/٤، المهذب ٣١٩/٢.

جـ-وذكر بعضهم أنه يشترط أن يقوم الدائن بنفسه، فلا يوكل غيره. [1] قال النووي : (وإذا جاز الأخذ، فله كسر باب ونقب جدار لا يصل المال إلا به) وقال النووي (ويدفع الصائل بالأخف، فإن أمكن بكلام واستغاثة. [2] حرم الضرب، أو يضرب بيد حرم السوط، أو بسوط حرم عصا، أو بقطع عضو حرم قتل، فإن أمكن هرب فالمذهب وجوبه) [3].

أدلة الشافعية:

١-حديث هند زوجة أبي سفيان... قال الشافعي (... فاذن لها رسول الله ﷺ لما شكته إليه أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف، فمثله الرجل يكون له الحق على الرجل فيمنعه إياه فله أن يأخذه من ماله حيث وجده وهذا صحيح) [4]

٢-الحديث (دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً) [5].

٣-الحديث (لا ضرر ولا ضرار) [6].

٤-الحديث (ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته) [7].

٥-استدل ابن حزم بحديث مسلم عن عقبة بن عامر الجهني قال ﷺ (ان نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم).

ب-الرأي الثاني:

يجوز الاتلاف للظفر بالحق ولو أمكن تحصيل الحق بطريق القضاء.[8]

مسائل قالها الشافعية:

١-ضمان المأخوذ بالظفر: إذا هلك المال المأخوذ فإن ضمانه على الآخذ (فيسقط من دينه الذي له على مالك المال الهالك بمقدار ما تلف) ورجح النووي هذا القول في المنهاج [9].

وقال بعض الشافعية بل يهلك على حساب صاحب الملك وليس على الآخذ قياساً على الرهن (لأن الرهن يهلك على حساب المالك لا على حساب المرتهن عند الشافعية.

٢-أخذ الحق من مال مدين المدين بغير قضاء: إذا كان لعمر على زيد دين ولزيد على سالم دين فهل لعمر أن يأخذ من مال سالم ما يستوفي به دينه؟ [10]

اجاز الشافعية الأخذ بشروط:

١-أن لايظفر من مال المدين بما يستوفي منه حقه، أو يعلم أن أخذه من مال المدين يثير فتنة بخلاف مدين المدين

٢-أن يكون المدين ومدينه جاحدين للدين أو ممتنعين عن وفائه أو مماطلين

٣-أن يُعلم الآخذ المدين أنه أخذ من مدينه مقدار حقه

٤- أن يعلم صاحب الحق مدين المدين بأن ما أخذه من ماله سداداً لحقه الذي على المدين.

٣-جحود الدين: اذا كان لأحمد على زيد دين وكان لزيد كذلك دين على أحمد وجحد زيد دين أحمد فهل لأحمد أن يجحد دين زيد؟

أجاز الشافعية لأحمد جحود الدين وإن اختلفا في الجنس ويكون من قبيل التقاص.[11]

١- (المنهاج مع مغني المحتاج ٤٦٢/٤) . ٢- المنهاج/مغني المحتاج ١٩٦/٤ .

٣- مغني المحتاج/ المنهاج ١٩٦/٤. ٤- الحاوي ٨٤/١٣ .

٦- ٥٣٦٣ صحيح الجامع ١١٣/٥. ٧- (تحفة المحتاج ٢٨٩/١٠

٨- مغني المحتاج/المنهاج ٤٦٣/٤)

٩- الدعوى/د. محمد نعيم ص١٥١ (تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني ٢٩١/١٠، مغني المحتاج ٤٦٤/٤).

١٠- (تحفة المحتاج لابن حجر) ٢٩٢/١٠، ومغني المحتاج ٤٦٤/٤. ١١- (كشاف القناع ١١١/٤)

مذهب الحنبليه

منع الحنبلية الأفراد من تحصيل حقوقهم بغير قضاء مهما كان الأمر (من جنسه أو من غيره، أقرّ المدين أو جحد، وسواء كا
دائن بينة أو لا) واستثنى الحنبلية حالات:

١-النفقة الواجبة على الزوج أو القريب لحديث هند رضي الله عنها. (١)

٢-الضيافة الواجبة للضيف إذا منعها من وجبت عليه، لحديث (إن نزلتم بقوم...) رواه مسلم.

ملاحظة: (الضيافة واجبة عند الحنبلية وابن حزم، وليس واجبة عند الجمهور).

٣-الطعام الذي يضطر إليه غير صاحبه (٢).

٤-النفقة التي ينفقها المرتهن على الدابة المرهونة، فقد روي عن الامام أحمد أنه أجاز للمرتهن أن يركبها ويحلبها بقدر ما ينف
يها. (٣)

جيح مذهب الحنبلية:

ذكرنا أن الحنبلية لا يجيزون الظفر إلا في حالة الغصب فقط، و نحن نميل إلى ترجيح مذهبهم لأنه أكثر انسجاماً مع الشري
سلامية لأسباب:-

١-قال تعالى﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم. فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الا
رسول...﴾

فرد الخصومات إلى الرسول ﷺ في حياته وإلى الخليفة ونوابه بعد موته، إن قضاء القاضي غالباً أقرب إلى الحق والواقع م
م صاحب الدين الذي يمكن أن يكون نسي مقدار دينه، أو الأجل، وقد يكون المدين معسراً.

٢-أن مذهب الحنبلية أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة وذلك من ناحيتين:

أ-ان الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع، والظاهر لا يشهد لصاحب الحق لأن الأصل براءة الذمم من الحقوق
ن يغير هذا الظاهر ليس له إلا اللجوء إلى القضاء وقبل ذلك يكون مخالفاً للظاهر.

ب-ان مصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن، و منها السماح للأفراد بتحصي
قهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء.

سبب الدعوى وركنها وأطرافها ومكانها

ب الدعوى:

السبب: هو الحبل، أسباب السماء: مراقيها.

اصطلاحاً:(كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً وهو خارج عن ماهيته).

فالزوال سبب لصلاة الظهر، والاتلاف سبب للضمان، ورفع الدعوى غالباً إما أن يكون راجعاً إلى بقاء نسل إنسان كالنكاح أ
راجعاً إلى بقاء نفسه أو ما يتبعها كالأموال.

وسبب الدعوى هو: إرادة المدعي.

الدعوى:

الركن: الجانب القوي.

اصطلاحاً: ما يكون قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته، وهذا تعريف الحنفية، فالركوع والسجود أركان في الصلاة

واعد لابن رجب هـ ٣١-٣٢). ٢- (القواعد هـ٢١). ٣- (المغني لابن قدامة ٩/٣٢٦).

أما الجمهور: فلا يشترطون أن يكون الركن داخلاً في الماهية.

ركن الدعوى: القول ومدلوله.

مجلس القضاء: شرط في الركن، و يدخل عند الجمهور في ركن الدعوى : الطرفان. والمحل (الشيء المدعى فيه أو الحق).

أطراف الدعوى:

المدعي والمدعى عليه.

شروطهما:

١-أن يكون كلا منهما أهلاً للتصرفات الشرعية.

٢-أن يكون كل منهما ذا شأن ومنعة في الدعوى.

٣-أن يكونا معلومين محدودين.

التميز بين المدعي والمدعى عليه:

١-عند الحنفية: وهو رأي كثيرين من فقهاء المذاهب الأخرى:

المدعي: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها.

المدعى عليه: من إذا ترك الخصومة يجبر عليها.

٢-عند جمهور المالكية والشافعية والزيدية:

المدعي: من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل حال رفع الدعوى.

المدعى عليه: من ترجح قوله بمعهود أو أصل حال رفع الدعوى.

المعهود: العرف والعادة والغالب.

المدعي: بعد قبول بينته لا يبقى مدعياً بل يسمى محقاً.

والأمر المصدق الذي إذا اعتضد به جانب أحد المتداعيين كان دليلاً على أنه المدعى عليه هو أحد الأشياء التالية:

١-الاصل: الدلالة المستمرة أو استصحاب الحال الأول.

أ- الأصل براءة الذمة من الحقوق قبل تحقق عمارتها فإذا عمرت تصبح أصلاً .

ب- الأصل الصحة حتى يتحقق المرض/ المرأة المطلقة تدعي على الورثة أن زوجها طلقها في مرض الموت فانكر الورثة، فالقول للورثة لأنها تدعي خلاف الظاهر، لأن الظاهر ...

جـ- الأصل عدم المضارة والتعدي: فإذا ادعى المريض على الطبيب أنه قصد اضراره فالأصل ليس معه.

د- الأصل في الانسان الجهل بالشيء حتى يقوم الدليل على علمه:

فلو ادعى مدعي الشفعة بعد عام أنه لا يعلم، وادعى المشتري علمه فالأصل ضد المشتري.

هـ- الأصل هو الفقر.

ملاحظة:

(قاعدة: الأصل في الأمور العارضة العدم تضم كثيراً من هذه القواعد) (١).

٢-الظاهر: والظاهر يستفاد من أحد أمرين:

أ- الأمر الأول : العرف، وهو: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمه بالقبول. (٢)

ويرجع إليه في كثير من المسائل الفقهية. كالصغر والكبر ومهر المثل والكفؤ والكسوة والمسكن والنفقة وألفاظ الأيمان والطلاق

الوصيه.

قال المالكية: ويعتبر العرف من المرجحات القوية، فقالوا (كل أصل كذبه العرف رُجح العرف).

ب- القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن. فالقرائن مع من حاز الملكية .هذا هو رأي المالكية.

رأي الشافعية: (معاييرهم وأوزانهم في التفريق) ذكر الشافعية ثلاثة معايير للتفريق بين المدعي والمدعى عليه.

١-أن المدعي هو المخبر بحق له على غيره -- رأي طائفة.

٢-أن المدعي هو الذي لا يجبر على الخصومة - كرأي الحنفية- بعض الشافعية.

٣-أن المدعي هو من يلتمس خلاف الظاهر- جمهورهم.

والظاهر عند الشافعية نوعان:

أ-ظاهر بنفسه: وهو أقوى أنواع الظاهر، كالظاهر المستفاد من (الأصل براءة الذمة).

ب-ظاهر بغيره وهوقسمان:

١-العرف والعادة.

٢-قرائن الحال والدلائل.

والشافعية يقدمون الأول (الظاهر بنفسه) على الظاهر بغيره عند التعارض.

رق بين معيار المالكية والشافعية:

المعيار واحد تقريباً إلا أنهم يختلفون في الترجيح عند التعارض فالمالكية يقدمون العرف والشافعية يقدمون الأصل.

·يح معيار الحنفية:

لاشك أن ميزان الحنفية أرجح من ميزان الجمهور في هذه القضية ولذا فقد قال الشوكاني عن معيارهم في التمييز بين المدع
عى عليه (أن هذا المعيار أسلم ما ذكر مع أن معيار المالكية والشافعية أرجح منه) (١)

ولترجيح الحنفية أسباب:

١-ان معيار الحنفية بسيط غير معقد ولا يجهد القضاة، فالقاضي يفترض في ذهنه أن أحدهما رجع عن دعواه فإن ترتب علي
ط الدعوى فهو المدعي.

٢-ان بناء التفريق بينهما على قوة الجانب أمرٌ يحتاج إلى الالمام بالأصول الشرعية والأعراف السائدة والأحوال الاجتماع
تعارض مع بعضها البعض فيلتبس الأمر على القاضي ويصعب الترجيح في كثير من الأمور التطبيقية الفرعية.

٣-ان تعريف الحنفية مشتق من تعريف الدعوى (انه تصرف مباح مرتبط بارادة صاحبه).

ئدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

١-ان أهم ما يستفاد من معرفة المدعي من المدعى عليه هو تعيين الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات والطرف الذي لا يكلف إ
ن عند تعذر البينة عند المدعي.

قال سعيد بن المسيب (أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يتلبس عليه ما يحكم بينهما). (٢)

وفي الحديث **(البينة على من ادعى واليمين على من أنكر).** (٣)

(البينة على المدعيْ واليمين على المدعى عليه) (٤)

الأوطار ٢١٦/٨ ٢-القوانين لابن رشد ٥٤/٢ ٣- لفظ الترمذي الصحيح
يح الجامع رقم ٢٨٩٤ جـ٢٨/٣

يقول ابن رشد في كتابه[١] (إن المعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه هو أن له سبباً يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه وهو كون السلعة بيده، ان كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم- ان كانت الدعوى فيما في الذمة- والمعنى الذي وجب من أجله على المدعي إقامة البينة على دعواه هي تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه)

وكذا فإن المدعي يهاجم وضعاً مستقراً فعليه اقامة البينة لتغيير هذا الوضع.

مكان الدعوى:

يشترط في مجلس القضاء أن يكون في مكان يتيسر الوصول إليه وأن يوفر الراحة النفسية والجسدية للقاضي والمتحاكمين.

اتخاذ الحجاب:

١-كره الكثير من الفقهاء اتخاذ الحجاب بدون ضرورة **(من ولاه الله من أمر الناس شيئاً فاحتجب عن حاجتهم وخلتهم وفاقتهم احتجب الله يوم القيامة عن حاجته وخلته وفاقته)** [٢].

ولم يكن لرسول الله ﷺ حجبة.

٢-وذهب آخرون إلى جواز اتخاذ الحجاب لأن أبا موسى الأشعري كان حاجباً لرسول الله ﷺ يوم بئر أريس.[٣]

والحق أن الأولى اتخاذ الحجاب بسبب ازدحام الناس حتى ينتظم العمل ويوفر الوقت، والستر على المتخاصمين، ولكن بشرط أن يكون الحاجب حسن الخلق لين الجانب.

اتخاذ المسجد للقضاء:

اختلف الفقهاء في هذه القضية على ثلاثة آراء:

١-ذهب الحنفية والحنبلية إلى أنه لا بأس بالجلوس في المسجد للقضاء، لأن رسول الله ﷺ قضى ولاعن في المسجد وقضى أبوبكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم في المسجد، وقضى شريح والشعبي في المسجد. ولأن القضاء قربة، فكونه في المسجد مما يرهب الناس من الكذب والظلم.

٢-قال المالكية: الجلوس في المسجد للقضاء من السنة.

قال مالك في المدونة (القضاء في المسجد من الحق، وهو من الأمر القديم، لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس، وتصل إليه المرأة والضعيف) [٤].

وقال مالك (كان من مضى يجلسون في رحاب المسجد، وإني لاستحب ذلك في الأمصار ليصل إليه اليهودي والنصراني والحائض والضعيف) [٥].

٣-قال الشافعية: يكره القضاء في المسجد حتى لا يتعرض المسجد لرفع الأصوات والمخاصمات وذوي الأعذار كالحائض والمشركين. وفي السنن الكبرى (جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم) [٦]

وقد قال برأي الشافعية سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز.

الرأي المختار: حبذا لو بنيت المحكمة والمسجد في بناء واحد، ولكن بينهما حجاب حتى يجنب المسجد رفع الأصوات، وحتى يتذكر المتخاصمون الله برؤية المسجد.

القاضي الذي ترفع إليه الدعوى:

اختلف الفقهاء من يختار القاضي على رأيين:

١- (المقدمات الممهدات) ٢/٣١٦ ٢- حديث صحيح رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم/ صحيح الجامع ٦٤٧١ج ٥/٣٦٨ ٣- الشيخان والترمذي/ جامع الأصول ٥٦٢.

الأول: ترفع الدعوى إلى القاضي الذي يختاره المدعي، وإلى هذا الرأي ذهب معظم فقهاء الشافعية والحنبلية وأبو يوسف.

والسبب: أن المدعي هي المنشيء للخصومة، فيعطى حق اختيار القاضي.(١)

الثاني: أن المدعى عليه هوالذي يختار القاضي- وإليه ذهب محمد من الحنفية وهو المفتى به في المذاهب. (٢)

وهذا هوالرأي الأرجح في نظرنا لأن المدعي مهاجم، وهو يريد أن يأخذ، فلعله يخطط للدعوى منذ زمن.

٣-رأي المالكية: يختلف الأمر حسب نوع القضية:

أ-ففي دعاوي الدين: ترفع في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب. (٣)

ب- في دعاوي العين: للمالكية رأيان:

١-ترفع الدعوى في محل الشيء المدعى: وهذا رأي ابن الماجشون و سحنون وابن كنانة. (٤)

٢-ترفع الدعوى حيث يكون المدعى عليه ولا ينظر إلى محل الشيء: وهذا المشهور من قولي المالكية وهو رأي مطرف وأصبغ، عن ابن القاسم، ورأي ابن الماجشون أرجح :

١-لرؤية الشيء المدعى فيه.

٢-لتوفير وقت القضاء وتخفيف مؤنة التنقل.

أنواع الدعاوى

تقسم الدعاوى باعتبارات:

١-الاعتبار الأول: باعتبار صحة الدعوى ومقدار توفر الشروط الشرعية فيها.

٢-الاعتبار الثاني: باعتبار تنوع الشيء المدعى واختلافه.

؟ الدعاوي باعتبار صحتها

تقسم الدعاوي باعتبار صحتها إلى الأنواع التالية:

١-الدعوى الصحيحة المستوفية للشروط.

٢-الدعوى الفاسدة (الناقصة) المستوفية للشروط الأصلية ويبقي بعض الصفات الخارجية والفرعية، كأن يدعي شخص على ين ولا يبين مقداره أو عقار ولم يحدده.

ويرجع الفساد إلى نقصان أحد شرطين:

أ-شرط المعلومية: كالدين غير المعلوم، والعقار غير المحدد.

ب-الشروط المعتبرة في التعبير المكون للدعوى: كأن يتردد في الألفاظ (أشك أو أظن أن لي عليه ألف درهم) أو كأن يدعي شيئا ـ مكانه.

هذه الدعاوي لا ترد ولكن تصحح وتستكمل.

إسم الدعاوى الفاسدة اصطلاح حنفي، أما الشافعية فيسمونها: **الدعاوى الناقصة:** وهي نوعان:

-ناقصة الصفة: كالدين غير المعلوم

ـ-ناقصة الشرط: كدعوى النكاح دون معرفة الولي والشهود.

-**الدعاوى الباطلة:** وهي الدعوى التي تنقص شرطاً من الشروط الأساسية، كأن يرفع الدعوى فضولي، والدعوى التي يرفعها أهلاً للتصرفات الشرعية.أو الدعوى التي لا تستند إلى أصل: كأن يرفع دعوى على جاره لأن جاره موسر وهو فقير، ولكن لا

ـ/الأحكام السلطانية (٦٩) البحر الرائق ١٩٣/٧، نهاية المحتاج ٨٦/٨، القواعد لابن رجب ٣٦٢.

شية ابن عابدين ٤٠١/٧، البحر الرائق ١٩٣/٧.   ٣- الدعوى/ د. محمد نعيم ص٢٢٩.

خرشي ١٧٤/٧،الدسوقي/ الشرح الكبير ١٦٤/٤ تبصرة الحكام ٨٤/١.

يتصدق عليه ولا يقرضه، أو دعوى ما ليس متقوماً ولا مشروعاً: كالخمر والخنزير والميتة.

واسم الفاسد والباطل مترادفان عند غير الحنفية.

ويقسم الماوردي هذا النوع من الدعاوي إلى ثلاثة أقسام:

أ-ما عاد فساده إلى المدعي: كأن يدعي مسلم نكاح مجوسية أو قاديانية أو شيوعية أو بهائية.

ب-ما عاد فساده إلى الشيء المدعى: وهي ثلاثة اقسام:

أولاً: دعوى ما لا تقر يده عليه: كالخمر والخنزير والسباع.

ثانياً: دعوى ما تقر عليه اليد ولاتصح المعاوضة عنه كجلود الميتة والكلاب المعلمة والسماد النجسة.

فهذه تقر عليها اليد للانتفاع بجلود الميتة إذا دبغت وبالسماد في الزروع وبالكلاب في الصيد والحراسة.

فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا:

أ-فإن كان تالفاً: كانت الدعوى باطلة: لأنه لا يستحق بتلفها مثل ولا قيمة.

ب-وإن كانت باقية: فإن ادعاها بمعاوضة كالبيع فإن الدعوى باطلة إلا أن يكون قد دفع ثمنها فتكون دعواه متجهة إلى الثمن إن طلبه وأما إذا ادعاها بغير معاوضة فقد صحت دعواه من أحد ثلاثة:

١-دعوى غصبها.

٢-دعوى الوصية بها.

٣-دعوى هبتها.

ثالثاً: دعوى ما تقر عليه اليد ملكاً ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك وهذا كالوقت.

فالدعوى فيه على المالك فاسدة. ولا يجوز أن يسمعها القاضي على مالك لاستحالة انتقاله من ملكه إلى ملك غيره.

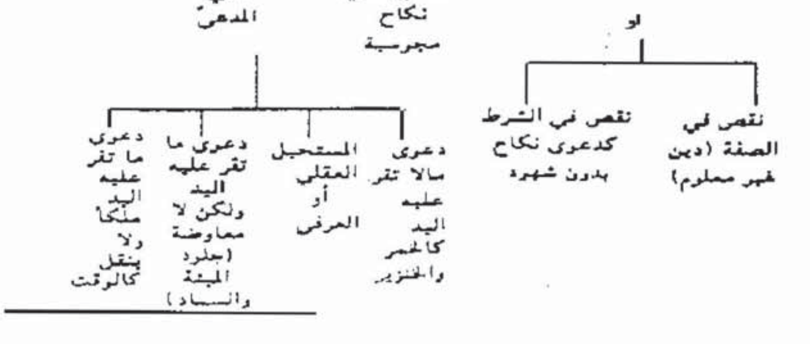
جـ-دعاوي تشبه الدعاوي الفاسدة (عند الحنفية) الناقصة عند الجمهور.(١)

انتهى كلام الماوردي

ومن أنواع الباطلة: دعوى المستحيل العقلي: باجماع الفقهاء.

دعوى المستحيل العرفي: جمهور الفقهاء.

٤-الدعاوي الممنوع سماعها: وهي صحيحة في أصلها وإنما منع سماعها لاقتضاء المصلحة. كدعوى التقادم (ما تقادم زمانه في يد المدعى عليه) (٢).



أنواع الدعاوى باعتبار الشيء المدعى

الحقوق التي شرعها رب العالمين إنما هي لحفظ الضرورات (الأصول الخمسة):

حفظ الدين، والنفس، والعقل، المال، النسل.

وأضاف بعضهم: العرض، ولكن العرض يتعلق بالنسل أو يتصل به.

والدعاوي بالنسبة للشيء المدعى ولحفظ هذه الأصول قسمان:

١-فعل محرم وقع من المدعى عليه (دعاوي التهمة) يستوجب فاعله العقاب شرعاً كالقتل والسرقة وقطع الطريق.

٢-دعاوي (غير التهمة): كالبيع والرهن والقرض وفي هذه القضايا يكون المدعى فيه عيناً أو ديناً أو حقاً شرعياً. (١)

ائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة هذا التقسيم في الاجراءات والطرق المتبعة للاثبات في كل من القسمين:

١-إن كثيراً من دعاوي التهم والعدوان لا يثبت إلا بنصاب معين من الشهود، يزيد في بعضها عن النصاب المطلوب دعاوي الأخرى، وكثيراً منها لا يثبت بالنكول إذا صدر من المدعى عليه.

٢-إن كثيراً من الفقهاء قد أجازوا في حق المتهم أساليب من الاجراءات لا يجوز اتخاذها في الدعاوى الأخرى، وذلك كحبـ تهم أو تعزيره إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليه أو كان مجهول الحال.

٣-وفي حالة عدم ثبوت الدعوى تختلف النتائج والأحكام المترتبة على ذلك، فإن كانت من القسم الأول حيث يستوجب المد زيراً أو حداً أو قصاصاً بخلاف القسم الثاني فلا تستوجب ذلك إلا في حالات نادرة.

وعند المالكية: إذا كان المدعى عليه من أهل الخير والدين والصلاح فإن هذه الدعاوي لا تقبل عليه، بل يرون تعزير المدعي حـ يتطرق الاراذل والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم. (٢)

ويقابل هذا في الفقه الوضعي الدعاوي (المدنية والجنائية).

١-فالدعاوي المدنية: تخضع لقانون المرافعات.

٢-والدعاوي الجنائية: وتسمى الدعاوي (العمومية) ولا تخضع للمرافعات وتباشرها النيابة العامة.

ويقابله في الفقه الاسلامي:

حق الله (الشرع): ولا يجوز التنازل عنه.

حق العبد: ويجوز التنازل عنه.

دعاوي باعتبار الدين والعين:

١-دعاوي العين: العين في الفقه الاسلامي أكثر اتساعاً من الحق العيني في القانون الوضعي.

٢-دعاوي الدين: والدين في الفقه الإسلامي أضيق منه في الوضعي.

أ-فالدين **(في الفقه الحنفي)** يقتصر على ما يثبت في الذمة ومحله (مبلغ من النقود أو الاشياء المثلية).

والاشياء المثلية هي: المكيلات، الموزونات، المذروعات (القياسات)، العدديات المتقاربة.

ب-**أما الدين (عند جمهور الفقهاء):** فهوا أوسع قليلاً من الدين عند الحنفية، إذ يشمل ما يمكن ضبطه بالوصف عن طـ السلم.

وهذه الدعاوى تقابل الدعاوى الشخصية في القانون، ولكنها في القانون أوسع لأنها تشمل جميع دعاوي الالتزام.

الالتزام: باعطاء شيء أو عمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم عين، بالاضافة إلى دعاوى الدين الذي تقتصر عليه دعوى الـ

ظرية الدعوى/ محمد نعيم ١/٢٤١.   ٢- تبصرة الحكام ٢/١٥٢.

في الفقه الإسلامي.

أما دعاوى التصرف: فهي دعاوي عين في الفقه الإسلامي، سواء توجهت إلى المنقول أو العقار لأنها تهدف إلى حماية الأعيان. وهناك دعاوى اختلف عليها شراح القانون مثل: دعاوي الفسخ، دعاوى القسمة، دعاوى البطلان، دعاوى ابطال تصرفات المدين، دعاوى فصل الحدود.

فبعض القانونيين اعتبرها عينية وبعضهم اعتبرها دعاوى شخصية.

أما الشرع:

فالفسخ: يتبنى نوع دعواه على المحل الذي توجهت إليه الدعوى وينظر فيها إلى دعوى المدعي.

فالمطالبة بفسخ دين هي (دعوى دين)، كفسخ عقد القرض والكفالة، والمطالبة بفسخ يترتب عليه (التزام بالعين) يسمى دعوى عين.

وعلى سبيل المثال: **دعوى فسخ عقد البيع:**

١-إن قام بها البائع: دعواه دعوى عين.

٢-إن قام بها المشتري: دعواه دعوى دين.

وعليه

١-**فدعوى العين:** كل دعوى ترفع لتثبت حقاً في العين أو لتثبت ما يؤول إلى اثبات حق في العين.

٢-**والدعوى بالدين:** كل دعوى ترفع لتثبت دينا في ذمة المدعى عليه أو اسقاطه من ذمة المدعي.

٣-**دعاوى الحقوق الشخصية:** ونقصد بها الدعاوى التي لا تدخل تحت الدين ولا تحت العين، وليس لها خصائصها من قابلية الانتقال بعوض أو بغيره، ومعظمها يتعلق بالحقوق العائلية من نسب و نكاح وحضانة، ومنها دعاوى الشفعة. (١)

ملاحظة: دعاوى العين:

١: تنصب على الحق العيني.

٢: ولا تحتاج إلى وساطة المدين.

٣: ولا يرد على العين الأجل.

٤: ولا تصح بها المقاصة.

٥: ولا يجوز فيها الابراء. والدين خلاف هذا.

فائدة التقسيم:

١-معرفة الخصم الذي توجه إليه الدعوى.

٢-معرفة الطريقة التي بها يعلم الشيء المدعى في الدعوى.

٣-هناك فائدة ثالثة -عند المالكية- وهي معرفة القاضي المختص بنظر الدعوى ففي دعوى الدين الذي يختار القاضي هو المدعي.

وفي دعوى العين رأيان أشهرهما وهو قول (مطرف وأصبغ) في محل المدعى عليه. وأرجحهما -في نظرنا- رأي ابن الماجشون وهو محل العين المدعاة.

دعاوي الحيازة

الحيازة: ضم الشيء/ لغة.

اصطلاحاً: استيلاء الشخص على عين من الأعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته.

وهي تختلف عن الملك فهو: استحقاق التصرف في الشيء بكل ما يجوز شرعاً أصالة، قال ابن رشد:[1] الحيازة بثلاثة أشي

١-بالبيع والهبة.

٢-الزرع والاستغلال والسكن.

٣-الغرس والبناء والاحياء.

أما مراتب الحيازة عند العز بن عبدالسلام[2] فهي أربعة:

١-ما اشتد اتصالة بالانسان كثيابه التي هو لابسها.

٢-السباط الذي تحته والدابة التي يركبها.

٣-الدابة التي يسوقها.

٤-داره التي يسكنها.

فائدة الحيازة (وضع اليد):

يجب لمعرفة فائدة الحيازة التفريق بين حالتين:

١-عند معرفة مصدر الحيازة:

فإذا كانت شرعية: كالملك والبيع والارث: يقر صاحبها.

وإذا كانت باطلة: كالسرقة والغصب تبطل [3]

٢-عند جهل مصدرها: فهي مع صاحب اليد لأنها (ظاهر)، ولكن عند البينه تقدم البينة.

ومع تقادم الزمن قد ترجح على البينة بل تهدر البينة بجانبها فيحكم بالملك لصاحبها -عند المالكية- وترفض الدعوى -ء نفية- (٤).

ناك حديثان:

١- **(من حاز شيئاً عشر سنين فهو له).**

٢-**(لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم)** (٥).

وهذا يعني أن الشيء قد يحكم به للحائز قضاء ولا يحل له شرعاً (ديانة).

قال ابن رشد (الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز، ولكنها تدل عليه ، كإرخاء الستور، ومعرفة الحفاص (الوعا كاء (الخيط) في اللقطة) (٦).

فالحيازة: إمّا:

أ-أن تكون موجباً للحق وأثراً من آثاره.

ب-أو تكون دليلاً أولياً عليه.

المنظم للحكام ١/٢٥٠) . ٢-(قواعد الأحكام ٢/١٤١) . ٣- الفروق ٤/٧٨ تحفة المحتاج ١٠/٣٣٦.

. للقرافي ٤/٧٨ (٥) حديث مرسل عن زيد بن أسلم ورد في الجامع لعبدالرزاق ذكره الشيخ عليش في منح الجليل ٤/٢٤٠.

جليل ٤/٣٣٦ والفواكه الدواني ٢/١٤٩.

دعوى دفع التعرض

التعرض في **اللغة**: التعدي،

التعرض **اصطلاحاً**: أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة، أو بالاستعانة بقضاء القاضي.

ولذا يرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه.

وقد أجاز الفقهاء هذه الدعوى مهما كان محلها: عقاراً أو منقولاً، وذهب **فقهاء المذهب الشافعي** إلى جوازها لدفع تعرض موجه إلى ذمة شخص آخر، كأن يدعي عليه شخص آخر بدين ويشنع عليه في جاهه. **وهي تختلف عن دعوى (قطع النزاع).**

ملاحظة: (دعوى قطع النزاع): طلب انسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره، ويقول للقاضي: بلغني أن فلاناً يريد منازعتي فاريد احضاره حتى إذا كان له حق عليّ فليبين حجته وإلا فليعترف أني بريء، **فهذا القول لا يسمع (لأن المدعي لا** يجبر على الخصومة) (١).

وبالامكان رفع الدعوى: لسد طاقة، أو ازالة فرن أو مطبخ عند جاره يضر به، فلصاحب اليد أن يرفع **دعوى إزالة هذه الأشياء إن قامت، أو إيقافها إن بدأت، أو إزالة ما لم يكتمل منها.**

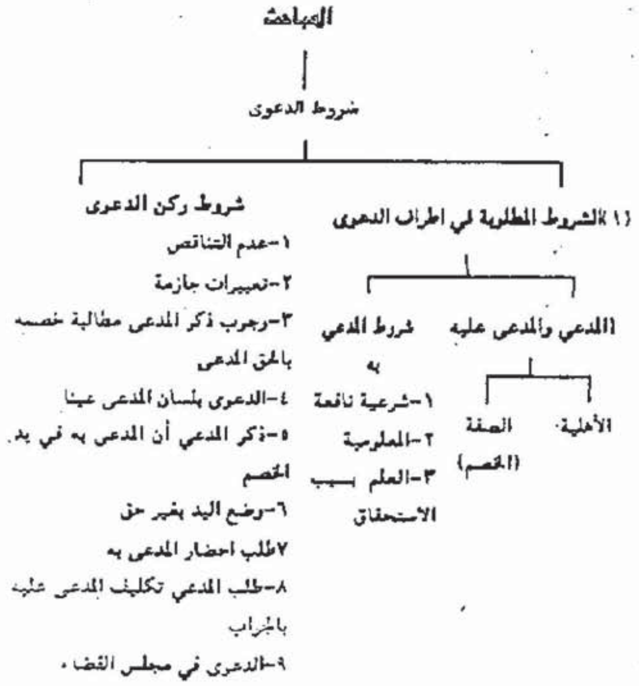
شروط هذه الدعوى:

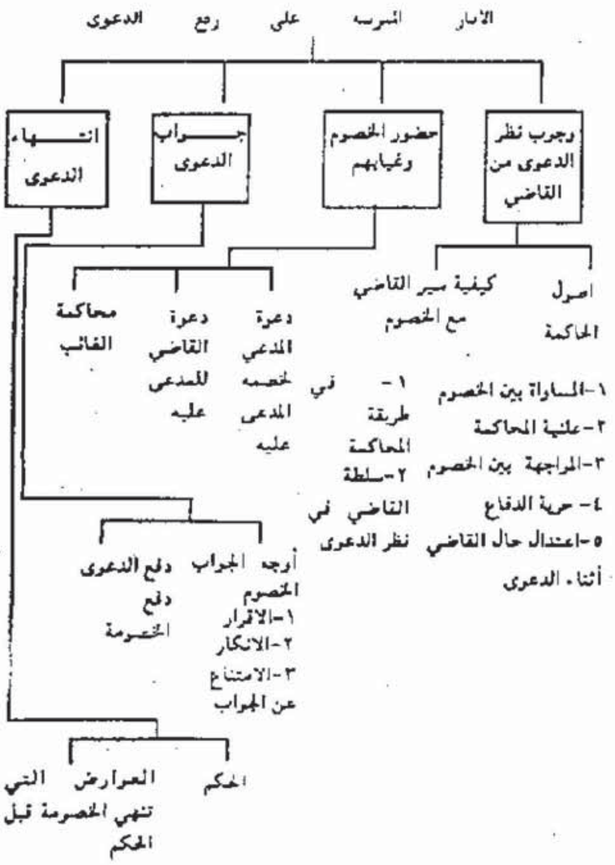
١-أن يكون المدعى به معلوماً -بذكر المال المعتدى عليه.

٢-ذكر العدوان الحاصل.

٣-بيان أن المدعى به الذي تعرض للاعتداء ماله.

٤-بيان أن المدعى عليه لاحق له فيه. (٢)





دعوى استرداد الحيازة

والحيازة نوعان:

١-**الحيازة المستندة إلى حق معروف:** يجوز لصاحب اليد المحقة أن يطلب من القاضي إعادة حيازته للعين المغصوبة منه بالم
أو القهر أو الحيلة.

٢-**الحيازة المجهولة الأصل:** يقضى فيها بين المتنازعين وفق الأسس التالية:

أ-**يقضى بها لمن أقام البينة عليها:** فإن تساويا في ذلك جعلت الحيازة لهما جميعاً، وذلك لأن اليد مقصودة كالملك فصح طل
وجاز اثباتها بالبينة. إذ باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه.

ب-**إذا عدمت البينة:** تجعل الحيازة لمن يصنع يده على العين بالفعل والواقع.

فإن كانت الحيازة لها فضلت الحيازة الأقوى فيقضى لراكب الدابة على سائقها وقس على ذلك.

واذا أقام أحدهما البينة على الملك جعل له ذلك، ولا منافاة بين القضاء باليد لشخص والملك لآخر.[١]

شروط الدعوى

أ-**الشروط في أطراف الدعوى:**

١-المدعي.

٢-المدعى عليه.

٣-المدعى به.

ب-**شروط ركن الدعوى (الصيغة):**

وقد تمشينا في هذا التقسيم مع المصطلح الحنفي الذي يعتبر الركن جزء داخلاً في الماهية، ولو سرنا مع مصطلح الجمه
خلت هذه الشروط جميعاً تحت اسم (شروط ركن الدعوى)

الشرط:

الشرط عند الأصوليين والفقهاء: كل أمر ارتبط به غيره عدماً ووجوداً وهو خارج عن ماهيته.

أي: (ما يقتضي من عدمه العدم ولا يقتضي من وجوده الوجود) [٢].

فالوضوء شرط في صحة الصلاة، فإذا فقد فقدت الصلاة، ولكن وجوده لايدل على وجود الصلاة، وأهلية العاقد شرط في صح
ع، ولكنها لا تدل على وجوده.

والشروط بوجه عام مكملات للأمور المشروطة بنظر الشارع، كتكميل الصفة للموصوف، بحيث أن عدمها يخل بالمقاص
رعية من الأحكام، فمثلاً: القدرة على التسليم: مكملة لغاية البيع ، لأنه سبب الملكية، وغاية الملكية الوصول إلى الانتفاع، فعدم مك
يم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع من أجلها، فلذا كانت هذه القدرة شرطاً في البيع.[٣]

اع الشرط باعتبار المصدر:

١-شرط شرعي: يفرضه الشارع ويجعل الأمر المقصود مرتبطاً به عدماً.

٢-شرط إرادي: ينشئه الانسان بنفسه فيجعل عقوده مرتبطة به ومعلقة عليه.

والذي يهمنا هو النوع الأول من الشروط وهو الشرط الشرعي

سرط ١٧/٢٥ تكملة فتح القدير ٦/٢٥٦ البحر الرائق ٧/٢٣ تبيين الحقائق ٤/٣٢٧

ا- الفحول ٧ ابن الحاجب ٢/٧ الفروق ١/٦١.   ٣- المدخل الفقهي للزرقا ١/٢٩٠.

مجمل شروط الدعوى[1]:

١-الأهلية في المدعي والمدعى عليه: والمقصود بالأهلية: أهلية الاداء وهي صلاحية الشخص لأن تصدر عنه أقوال وأفعال معتبرة شرعاً. أو (صلاحية الشخص للتصرف بحقوقه واداء التزاماته دون أن ينوب عنه آخر). [2]

الأهلية قسمان:

أهلية وجوب: وهي صلاحية الانسان لثبوت الحقوق له أو عليه، ومناطها: الانسانية، ومحلها: الذمة: وهي الصفة الانسانية التي بها ثبتت للانسان حقوق قبل غيره ووجب عليه واجبات لغيره.

واساس **أهلية الأداء:** العقل والتمييز، وعلامة العقل والتمييز: هو بلوغ الانسان عاقلاً.

والتمييز عند الحنفية يبدأ بعد سن السابعة من عمره، ولذا تثبت للصبي فوق السابعة عند الحنفية أهلية أداء ناقصة، بينما الجمهور يخالفون الحنفية ويرون أن خطاب التكليف لا يتوجه إلى الصبي المميز مطلقاً لعدم ثبوت أهلية هذ الخطاب لديه. ولذا يحكمون ببطلان تصرفاته كلها لا فرق بين النافع والضار منها.[3]

٢-شرط الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه: وهو أن ترفع الدعوى ممن له شأن على خصم له شأن في الخصومة والحق المتنازع عليه.

٣-شرط المصلحة: أي وجود منفعة للمدعي بدعواه.

٤-كون المدعى به حقاً من الحقوق المعترف به شرعاً.

٥-شرط تعيين المدعى عليه: أي أن يكون معلوماً.

٦-شرط المكان: كون الدعوى في مجلس القضاء.

٧-شرط المعلومية: أي أن يكون المدعى به معلوماً.

٨-شرط ثبوت المدعى به عقلاً وعادة: وفيه مخالفة الشافعية للمذاهب الأخرى.

٩-شروط في ركن الدعوى.

١٠-شرط حضور المدعى عليه مجلس القضاء.

رأي علماء الحنفية في اثبات اليد

إن العين المدعاة قد تكون منقولاً أو عقاراً، وعند سؤال القاضي للمدعي عليه إمّا أن ينكر وإمّا أن يقر:

١-فإن أنكر: يكلف المدعي باثبات وضع المدعى عليه يده على الشيء.

٢-وإن أقرّ المدعى عليه:

أ-ففي حالة المنقول: يقبل الاقرار ويسمىّ التصادق.

ب-وفي حالة العقار:

١-فإن ادعى المدعي فعلاً كالغصب والشراء من ذي اليد لم يكن المدعي بحاجة إلى اثبات وضع اليد، لأن الخصم في دعوى الفعل هو الفاعل أو صاحب اليد فيجوز رفع الدعوى على أحدهما.

٢-اذا ادعى ملكاً مطلقاً: فهنا اختلف الحنفية على رأيين:

أ-قال بعضهم: يلغى الإقرار ويسمى التصادق.

ب-وقال الآخرون: لابد من اثبات وضع اليد أو علم القاضي. و أصحاب هذا الرأي إنما اشترطوا الاثبات خوفاً من المواطأة والمواضعة (الاتفاق) بين المدعي والمدعى عليه على أخذ شيء من يد ثالث. فيدعي المدعي وضع يد المدعى عليه، ويقر الآخر على وضع

اليد، ثم ينكر المدعى عليه الملكية فيثبتها المدعي، ويحكم له القاضي، ثم يتبين من بعد أن القضية عملية احتيال اتفق عليها المد والمدعى عليه والملك حقيقة إنما هو لشخص ثالث خارج عن الصورة.

ففي حالة الاقرار (في الصورة السابقة) القضية بين اثنين، أما في حالة الاثبات فالقضية يشترك فيها أربعة (المدعي والمد عليه والشاهدان، والتواطؤ بين أربعة أصعب من التواطؤ بين اثنين، احتياطاً لزمت البينة (وما لايدرك كله لايترك كله).

وقد أجاب صدر الشريعة على أصحاب هذا الرأي بجوابين:

أ-أن بينة الملك إن كانت صادقة فلا ضرر من التواطؤ، وإن كانت كاذبة فمن يكذب في بينة الملك يمكن أن يدبر الكذب اثبات اليد.

ب-إن السبب الذي قالوه في العقار يوجد في المنقول: إذ من الجائز أن يكون الشيء في يد المدعى عليه أمانة أو إعارة رهناً.

والحق مع الذين لا يفرقون بين العقار والمنقول.

الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى:

أطراف الدعوى: المدعي، والمدعى عليه، والحق المدعى. ونبدأ في شروط المدعي والمدعى عليه:

شروط المدعي والمدعى عليه

١-الشرط الأول: الأهلية (أهلية الاداء)

اتفق الفقهاء-في الجملة- على وجوب شرط الأهلية في المدعي والمدعى عليه. وأما من ليس أهلاً فيطالب له بحقه ممثله الشر ن ولي أو وصي. وللمذاهب تفصيل في اشتراط الأهلية:

فالحنفية: لا يشترطون كمال الأهلية في الطرفين.

والمالكية: لا يشترطون كمال الأهلية في المدعي فقط.

أما الشافعية والحنبلية: فيشترطون كمال الأهلية في الطرفين.

وبيان هذا كما يلي:

١-رأي الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى، ويجوز أن يكون الصبي المميز مرفو يه دعوى، لأن الدعوى من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، فتصح من الصبي المميز مع اذن وليه، ولا تصح بدون إ ه.[٢]

٢-رأي المالكية: **أما المدعي** فلا يشترط فيه الأهلية الكاملة، بل تصح الدعوى من السفيه والصبي- وإن كان محجوراً عليه- ا يشترط اذن الولي كما هو الأمر عند الحنفية.

أما المدعى عليه: فتشترط أهليته الكاملة.[٣]

٣-رأي الشافعية: يشترط البلوغ في الطرفين، و تسمع الدعوى على المحجور عليه فيما يصح به إقراره، فتسمع الدعوى بالق السفيه المحجور عليه.

والشافعية يسمعون الدعوى من الذمي والمستأمن والمعاهد وعليهم، ولكنهم لا يسمعونها من الحربي.[٤]

٤-رأي الحنبلية: يشترط البلوغ في الطرفين، ولكن تصح على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح دعوى الطلا ف.[٥]

تنبيه: فقهاء المذاهب غير الحنفية أجازوا الادعاء على الغائب.. فأجازوا الادعاء على الصغير والمجنون والميت إذا كان ي بينة بما يدعيه، وكانت حاضرة لديه وبشروط كثيرة، ويحلفه القاضي يمين (الاستظهار) ويذكر فيها انه لم يستوف ما ادعى.

ري محمد نعيم ١/٢٧٥. ٢- البحر الرائق ٧/١٩١ درر الحكام ٢/٣٣٠ الفتاوى الهندية ٤/٢.

ب الجليل ٦/١٢٧ تبصرة الحكام ١/١٠٧. ٤- حاشية قليوبي/ المحلي ٤/١٦٣ تحفة المحتاج ١٠/٢٩٢ مغني المحتاج ٤/١١٠

ى الارادات ٢/٦٢٨، الفروع ٣/٨٠٨ ، كشاف القناع ٤/٢٧٧.

ممن أقام البينة عليه ولا أبرأه من ذلك.

أما الحنفية: فلا يجيزون مثل هذه الدعاوى.

٢- الصفة

أ-الصفة في المدعي: يشترط في المدعي أن يكون صاحب شأن بأن يكون: إما:

١-صاحب الحق.

٢-وكيله أو وليه أو وصية.

٣-أن يكون دائناً لصاحب الحق، فيرفع الدعوى على مدين مدينه حتى ينال ثمار دعوته مما يحصله من دين مدينه، وخاصة اذا حجر على المدين أو أعلن إفلاسه. (١)

٤-من رفع الدعوى على من أضر بالطريق العام.

٥-يجوز لأهل القرية أن يرفعوا الدعوى عن جميع سكان القرية لمن أراد أن يضر بمصالحهم إذا كانوا غير محصورين (أكثر من مائة).

٦-أي فرد مسلم له أن يرفع دعوى يطالب فيها بحق من حقوق الله من قبيل الحسبة (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)، فكل حق رجح فيه حق الله على حق العبد يكون **فيها المدّعي** (مدعيا وشاهداً) ، فإذا رجح حق العبد يشترط تقديم الدعوى من صاحب الحق (خير الشهود من أدى شهادته قبل أن يسألها).(٢)

ومن المسائل التي يقبل فيها الدعوى حسبة:

جميع الحدود عدا القذف والسرقة لغلبة حق العبد فيها.

وهذا **رأي الحنفية** فيما يغلب فيه حق الله على حق العبد، ورأي **المالكية** فيما هو حق لله خالصاً كالصلاة والصيام والزكاة والحج.

وهو **رأي القاضي حسين** من الشافعية، **أما جمهور الشافعية**: فلا تقبل الدعوى في حقوق الله إلا عند الحاجة، وهم متفقون مع (الشافعية).

جمهور الفقهاء أن الشهادة تقبل حسبة(٣).

وصرح الحنبلية بعدم جواز الدعوى في حق الله، ولكنهم أجازوا سماع البينة، والواقع أن خلاف الفقهاء حول هذه المسألة لا يكاد يكون له أثر في التطبيق العملي، وذلك لأنهم متفقون على سماع شهادة الحسبة في حق اللّه، فمن أجاز بعد ذلك رفع الدعوى بحق الله لم يضف شيئاً جديداً، لأن فائدة الدعوى طلب إحلاف المدعى عليه إن أنكر، **وحقوق اللّه لا يمين فيها باتفاق الفقهاء**.(٤)

فتكون النتيجة أن دعوى الحسبة كشهادة الحسبة، ولم يبق بينهما فرق إلا بالتسمية، وقد تقدم أن مدعي الحسبة هو في حقيقة الأمر مدع من جهة وشاهد من جهة أخرى، وأنه لا حرج في التسميتين.

ب- الصفة في المدعى عليه:

لا تصح الدعوى إلا في وجه من يعتبره المشرع خصماً.

من هو الخصم: (يكون المدعى عليه خصماً: إذا ترتب على اقراره حكم ويكون بانكاره خصماً)، والنائب الشرعي أو الاتفاقي يقوم مقام الأصيل في رفع الدعوى، أي من ينوب عن الخصم: كالوكيل والولي والوصي والقيم أو الكفيل أو الوارث.

١- الخصم في دعاوى العين: صاحب اليد.

فالخصم في البيع والشراء: هو المشتري إذا استلم المبيع، وأما قبل التسليم فالخصم هو الاثنان.

١- (مغني المحتاج ٢/١٤٧) . ٢- رواه أبو داود والترمذي وأحمد وابن ماجه ٢٣٧٢ صحيح الجامع [illegible]

فالخصم في الشفعة : هو المشتري إذا استلم المبيع.

كيفية ثبوت اليد: بالاقرار ويسمى (التصادق) سواء في العقار أو المنقول. أو بالبينة.(١)

٢-الخصم في دعاوي الدين: الدين وصف في الذمة ولا يتصور فيه اليد والحيازة. ولذلك فإنه لا يكون خصماً في دعوى الد إلا من هو في ذمته أو نائبه في الخصومة.

. فلا توجه الدعوى إلى غاصب عين من المدين، ولا إلى مستأجر عين من المدين.

٣-الخصم في دعاوي الفعل: هو الفاعل: أي في الغصب هو الغاصب.

٤-الخصم في دعاوى القول: هو القائل كالطلاق والإبراء والاقرار.

٥-الخصم في دعاوى العقد: هو المباشر للعقد أو نائبه.

٦-الخصم في دعاوى الحقوق: كالحضانة والرضاعة: من له شأن بالدعوى، وينازع المدعي في حقه ويمنعه من التمتع.

٧-الخصم في دعاوى النسب: من يترتب على اقراره حكم.

جـ-الشرط الثالث في المدعى عليه:

أن يكون معلوماً. (٢)

د-الشرط الرابع في المدعى عليه: الحضور (حضور الخصم)، وهذا الشرط ليس لصحة الدعوى، ولكنه شرط لصحة القضا لحنفية يشترطون البينة قبل احضار الخصم.

أدلة:

ذهب فريق إلى عدم جوازها لأن الدعوى ترفع في وجه خصم بعد حدوث نزاع، أما قبله فمن العبث النظر في قضية لا خصو ا، لأن القضاء لفصل الخصومات.

وذهب فريق أخر إلى جواز استماعها لأن فائدة القضاء شيئان:

١-فصل الخصومات.

٢-اثبات الحقوق و حفظها و حمايتها، وإلى هذا ذهب ابن القاسم من المالكية والحنابلة في قول راجح.

إبن فرحون قال: يجوز للجار أن يرفع دعوى لجاره الغائب لحفظ حقه من الضياع.

قال ابن القاسم: يجوز سماع البينة و حفظها قبل الخصومة، فإذا كان خصم قرأ القاضي عليه البينة و عرّفه بالشهود وطلب مـ بدي دفعه، فإن لم يكن له مدفع لزمه القضاء.

ونقل الحنبلية عن الحنفية: جواز سماع هذه القضايا، ولكن القاضي عند الحنفية ينصب خصماً مسخراً. **أما الحنبلية فلا يرون خصماً مسخراً.**

ولكن الرأي الراجح عند الحنفية أن الخصم المسخر لا يكون إلا عن خصم غائب وليس عن خصم مفترض أو مقدر، والخصم لا يجوز القضاء عليه إلا في الحالات التي أجيز فيها القضاء على الغائب. (٣)

شروط المدعى به (٤)

١-يشترط في المدعى به أن يكون فيه مصلحة مشروعة . أي:

أ-فيه مصلحة.

ب-محمية شرعاً.

جـ-ترتب نفع على المطالبة.

١- نظرية الدعوى ... ٢- الهداية ... / ٩٩ ٢- (نظرية الدعوى ١/٣٠٠) لقدير ٦/١٤٦ .

٢-شرط الالزام في الدعوى.

٣-معلومية المدعى به.

٤-احتمال ثبوت المدعى به عادة وعقلاً.

أ-المصلحة:

يشترط في الدعوى أن تعود بمصلحة على المدعى عليه.

المصلحة كل ما يفيد في حفظ الأركان الخمسة، والمصالح المرسلة محمية في الشرع، وقد يتخلى الشرع عن حماية المصلحة إذا أدت إلى مفسدة أعظم (التعسف في استعمال الحق) كالضحاك-والله ليمرن به ولو على بطنك-، والتعسف في استعمال الحق: هو استعمال حق يؤدي إلى مفسدة أعظم (ولا تقبل الدعوى على القاضي بأنه ظلم، ولا على الشهود بالزور وليس معه بينة).

ب-الالزام:

يشترط الدعوى في أمر ملزم للمدعى عليه إذا ثبت الادعاء.

فلا تقبل الدعوى: في الهبة قبل قبضها، وفي الوكالة التي لا يتقاضى عليها الوكيل أجراً، وكذلك الوعد بشيء: لأن الواهب بامكانه أن يتراجع ولو ثبت وعده بالهبة.

الدعوى بالدين المؤجل: منعها المالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة في أحد القولين. و أجازها الحنفية وقول عند الشافعية وقول عند الحنبلية، وهذا هو الرأي الراجح، وذلك لأن الأجل يجعل الدين غير ملزم الآن، أما المبيحون فقالوا: إن الدعوة لاثبات الحق وجمع البينات وليس لدفع الدين. (١)

وذلك كالمدين إذا أراد السفر للدائن أن يرفع دعوى بطلب الكفيل، والمرأة تطلب كفيلاً على زوجها بالنفقه إذا أراد السفر اجازه الحنفية استحساناً وليس قياساً.

دعوى الأدلة والبينات:

اختلف الفقهاء في جواز رفع الدعوى لحفظ الحجج والأدلة عند القاضي دون وجود خصم. ردها البعض لأن شروط صحة الدعوى وجود خصم ، **وتقبل هذه الدعاوى عند:** ابن القاسم من المالكية وعند الحنبلية.

قال ابن المفلح: (إذا كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره ويخاف إن لم يحفظ البينات أن ينسى شرطه أو يجحد تسمع الدعوى لحفظ البينة) **وقاس بعضهم هذا على كتاب القاضي للقاضي.** (٢)

قال قاضي زاده: إن الاقرار بالمجهول صحيح، والالزام كما يتحقق بواسطة البينة يتحقق بالاقرار، ولا يقال: اقرار الخصم محتمل لا يحقق، فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يحتمل، لأنا نقول: المراد بتحقيق الالزام الذي عد فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل.

وقال المازري: يلزم المدعى عليه بالاقرار، ويلزم بتفسير المجهول في هذا الاقرار (ولكنهم لا يوجبون صحة الحكم في المجهول) نقول:لابد من التفسير.

ولكن نرد على هؤلاء.

إذا كان الحنفية والمالكية قد ردوا الدعوى بسبب تقادم الحق، وإذا كان الحنفية والمالكية قد ردوا الدعوى إذا كانت غير محتملة عرفاً وعادة، وقد ردوا الدعوى من غير ذي أهلية. قد رد كثير من الفقهاء الدعوى على القاضي أو الشهود بأنهم ظلموا. **فيلحق بهذا الدعوى بالمجهول.**

وحجة هذا الفريق أن فائدة القضاء:

١- تبصرة الحكام: ١/١٣٧ المحلى/ المنهاج ٤/٢٣٧ تحفة المحتاج ١٠/٣٠٢ غاية المنتهى ٣/٤٤٨ كشاف القناع ٤/٢٠٣.

٢- النكت والفوائد السنية ٢/٢٣٣.

١-حفظ الحقوق وحمايتها.

٢-الفصل في الخصومات.

وهذا رأي راجح وفيه مصلحة الناس، ونقل بعض علماء الحنبلية عن الحنفية جواز سماع هذه الدعاوى، ولكنهم اشترطوا يسخر القاضي خصماً عوضاً عن الخصم المفترض وجوده في المستقبل. (١)

٣- شرط معلومية المدعى به:

المراد بالمعلومية إمكان تصور المدعى به أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي، وذلك لأن المقصود من الدعوى ـ مدار حكم، والمقصود بالحكم إلزام المحقوق ولا الزام مع الجهالة، وكذلك صحة الشهادة مرهونة لمطابقتهما للدعوى.

وخالف في هذا الشرط قاضي زاده من الحنفية، والقراضي والمازري والحطاب من المالكية. (٢)

واشتراط هذا الشرط لا يعني أن الدعوى باطلة إذا فُقد بل تكون (ناقصة)، وأجازوا سماع الدعوى في بعض استثناءا عتبارات الحق والمصلحة.

القاعدة التي ذكرها ابن الغزي الشافعي:

(إنما يقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به وتوجيه المطالبة نحوه، حيث يكون المدعى به مجهولاً، يترد يكون هذا أو ذاك، أما إذا اسلم المدعى به من هذا وكان محصوراً بما يضبط به فلا). (٣)

ـفية العلم بالمدعى به:

أولاً: العلم بالمدعى به في دعاوى العين: وهو عقار أو منقول.

أ-دعوى العقار: لابد من ذكر حدوده وناحيته من البلد، هذا إذا لم يكن العقار مشهوداً، أما إذا كان مشهوداً فيكفي ذكـ ـه عند جمهور الفقهاء.(٤)

ويشترط ذكر الحدود الأربعة عند جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية أما اليوم فيكفي ذكر رقم السجل العقاري. (٥)

أما سبب الاستحقاق في العقار: فلا يشترط ذكره عند جمهورالفقهاء من الحنفية، والشافعية والحنبلية، واشترط المالكية ذكره.

ب- المنقول:

المنقول الموجود في مجلس القضاء أو القريب: يعرف بالاشارة إليه، المنقول البعيد: يُحضر أو يذهب إليه المدعي والقاضي عند نية.

المنقول الهالك:

١-القيمي: تذكر قيمته عند الحنفية لأنه لا ينضبط بالوصف. فلابد من الاشارة في تعريف القيمي لقطع الشك.

٢-المنقول المثلي: دعواه دعوى دين في الذمة.

والجمهور مثل الحنفية إلا في القيمي فإنه ينضبط عندهم بالوصف.

قال الغزالي: (لا يصح السلم إلا في كل ما ينضبط منه كل وصف يختلف فيه القيمة اختلافاً ظاهراً لا يتغابن الناس بمثله في .(٦)

السلم في اللحم والحيوان: يجوز عند الجمهور خلافاً للحنفية.

٢-اشترط المالكية ذكر سبب الاستحقاق في دعوى العين المنقول وغير المنقول. وعلى القاضي أن يسأل المدعي عن سبب ـاقه فإن لم يفطن لذلك كان للمدعى عليه أن يوجه هذا السؤال فإن امتنع المدعي عن ذكره لم يكلف المدعى عليه بالجواب عن

ـع ٣/٨٦٢). ٢- (الفوائد البهية ١٤١ الفروق ٤/٧٢) الخرشي ٧/١٥٤) بدائع الصنائع ٦/٢٢٢. ٣- أدب القضاء للغزي ق ٣

ـة ابن عابدين ٥/٥٤٥) ٥- (بدائع الصنائع ٦/٢٢٢ كشاف القناع ٦/٢٧٨ المحلي/ المنهاج ٤/٢١١). ٦- فتح العزيز/ الوجيز ٢٦٨-٢٢٦

الدعوى، وبذلك لا تنتج الدعوى آثارها وهو وجود الجواب على الخصم. (١)

١-قال الشافعية والحنبلية: لا يشترط ذكر السبب في المنقول المثيل والقيمي لتعدد الأسباب، وهذا يؤدي إلى ضياع الحقوق.

٢-اشترط الحنفية والمالكية ذكر سبب الدين لاسباب:

أ-الأسباب تختلف أحكامها: فإن كان سبب الدين عقد السلم فلابد من ذكر مكان الايفاء، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، بخلاف ما إذا كان سبب الدين (ثمن المبيع) حيث يجوز الاستبدال به قبل قبضه، ولا يشترط مكان الايفاء.

ب-إن السبب قد يكون باطلاً كثمن خمر أو ميتة أو مقامرة.

١-ذكر سبب الاستحقاق في المنقول، لا يشترط عند الحنبلية والشافعية واشترطها المالكية.

٢- وأما الحنفية فقالوا بذكر السبب في المثلي لاختلاف أحكام الاسباب المرتبة للديون في الذمم ولأن الأصل براءة الذمة فلابد لصحة دعوى اشتغالها من سياق سبب هذا الاشغال.

أما الحنفية فاشترطوا ذكر الاستحقاق في المثلي وليس في القيمي. (٢)

ثانياً-العلم بالمدعى به في دعوى الدين: (٣)

الدين: ما يكون ثابتاً في الذمة من كل ما يجب أداؤه بوصفه لا بنفسه، فعند الحنفية: يثبت في الذمة (المثليات وما يلحق بها من مذروع وعددي متقارب).

أما عند الجمهور: فيلحق بالسابق كل عين يمكن ضبطها بالوصف في عقد السلم.

ففي النقود: يعلم بذكر القدر فقط، وكذلك (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمذروعات) فيكتفي فيها بذكر القدر.

٣-ذكر سبب الاستحقاق في الدين:

أ-اشترطها جمهور الحنفية والمالكية. (٤)

ب-ولم يشترطها جمهور الشافعية والحنابلة والإمامية.

جـ-بعض الحنفية اشترط ذكر السبب إذا كان المدعي امرأة تطالب بتركة زوجها.

د-اشترط بعض الحنفية ذكر السبب إذا كان المدعى به ديناً بنقود قد انقطع التعامل بها. (٥)

ثالثاً -العلم بالمدعى به في دعوى العقد:

١-اشترط الحنبلية ذكر جميع شروط العقد.

٢-اشترط الحنفية: بيان شروط كل عقد له شرائط كثيرة ومعقدة كالزواج والسلم.

٣-لم يشترط الشافعية شيئاً سوى عقد النكاح.

٤-لم يشترط المالكية شيئاً أبداً لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة.

رابعاً -الدعوى الجنائية:

اتفق الفقهاء على ذكر السبب والأوصاف والشروط، لأن الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى تتعلق بالأصول الخمسة فلا يجوز التهاون بها. كما أن الحدود تدرأ بالشبهات.

خامساً-دعوى الإرث:

لابد من ذكر السبب في الاستحقاق. (٦)

١- تهذيب الفروق ٤/١١٤ تبصرة الحكام ١/١٣٠. ٢- البحر الرائق ٧/١٩٥ حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٧ فتح العزيز ٩/٢٦٧. ٣- (نظرية الدعوى ١/٣٥٥).

الاستثناءات من شرط المعلومية

١-ذكر ابن رجب الحنبلي ضابطاً لما يصح الدعوى به مجهولاً وهو:

(ان الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به فيها مما يصح العقد عليه مبهماً وذلك كالوصية). فإنه لما جاز أن يكون الموص به مجهولاً، جاز كذلك الدعوى بالوصية المجهولة. (١)

٢-قال بعض علماء الشافعية: يجوز الدعوى بالمجهول إذا كان المطلوب فيها موقوفاً على تقدير القاضي، وذلك كالمفوضة لل تطلب المهر. (٢)

٣-وقال المالكية: إذا وجد هنالك عذر للمدعي في جهله بما يدعيه قبلت دعواه، وذلك كدعوى شخص نصيبا من وقف ؟ ستحقوه. (٣)

٤-يجوز الابراء العام وإن كان مجهولاً، لأن الإبراء اسقاط، والجهالة لا تضر فيه.

٥-ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الاقرار بالمجهول، فيجوز الدعوى به مجهولاً. (٤)

٦-في حالة الغصب تجوز الدعوى بالمجهول. (٥)

٧-في حالة الرهن تجوز الدعوى بالمجهول.

ـائـدة:

إن أهمية تصحيح دعوى الغصب والرهن المجهول هي:

توجه اليمين على من أنكر إذا لم يكن للمدعي بينة، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين. (٦)

وأما إذا كان للمدعي بينة فإن عامة المشايخ على أن هذه الدعوى تقبل، ولكن في حق الحبس لا في حق الحكم بالمدعى قدر الحبس عن بعضهم (الحنفية) بشهرين إلى أن يبين الغاصب قيمة الغصب والمرتهن قيمة الرهن-. (٧)

الجزاء الذي رتبه الفقهاء على تخلف شرط المعلومية:

إذا لم يتوفر شرط العلم لا يجب على المدعى عليه: الجواب: فله الحق أن يمتنع عن الجواب، ولا يجوز للقاضي إجباره على ذا ن القاضي لا يرد الدعوى، بل يطلب إكمال نقصها، وهذه الدعوى اسمها فاسدة عند الحنفية.

الشرط الرابع: احتمال ثبوت المدعى به عقلاً وعادة:

اشترط الحنفية والمالكية: قال المالكية (عدم مخالفة الدعوى للعرف العام شرط في صحة الدعوى. وعدم مخالفتها لعادة الطرف طة بين المتنازعين شرط في توجيه اليمين إلى الخصم).

اشتراط الخلطة بين المتداعيين:

المستحيل عقلاً: أن يدعي شخص بنوة من هو أكبر منه.

المستحيل عادة: أن يدعي فقير أنه أقرض غنياً مليون دينار، أن يدعي فقير أنه استأجر غنياً لكفاية بيته.

اشترط الامام مالك وهو المشهور من مذهب المالكية، وخالف ابن نافع من المالكية، ورأيه في هذه القضية هو المعتمد من مذه ية.

وقد اشترط ابن القيم الحنبلى كذلك الخلطة واستدلوا:

١-ان هذا الشرط مروي عن الصحابة كعلي رضي الله عنه والتابعين مثل الفقهاء السبعة في المدينة.

٢- ان كثيراً من ذوي المروءات يثقل عليهم اليمين، وقد افتدى ابن مسعود وعثمان رضي الله عنهما أيمانهما. (٨)

ـه لابن رجب ٢٢٢ المغني لابن قدامة ٨٤/٩). ٢- أدب القضاء/ الغزي ق ٢. ٣- (الفروق ٧٣/٤).

ـ٤ ابن عابدين ٥٤٥/٥ تحفة المحتاج ٢٩٥/١٠ المغني لابن قدامة ٨٤/٩). ٥- (ابن عابدين ٥٤٥/٥).

ـة ابن عابدين ٥٤٥/٥). ٧- (قرة عيون الأخيار ٢٨٦/١).

حاشية الدسوقي ١٤٥/٤ الطرق الحكمية ٩٧ ،٩٨.

اشتراط الخلطة:

موقف العز بن عبد السلام من الشافعية

وقد خالف الشافعي في عدم قبول الدعوى المخالفة للعادة فهو يقبلها. والعز بن عبد السلام لا يقبلها.

قلنا: ان الشافعية يقبلون ما خالف العادة من الدعاوي. أما المالكية والحنفية فلا يقبلون ما خالف العادة. ويقولهم قال العز بن عبد السلام.

أما العز فقال (والقاعدة في الأخبار -من الدعاوى والشهادات والاقارير وغيرها- أن ما كذبه العقل أو جوزه وأحالته العادة فهو مردود، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في القرب والبعد قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة). (١)

ومن الأمثلة على المستحيل عادة: ادعاء رجل من العامة على الخليفة أنه استأجره ليكنس داره.

(الاقرار ليس حقاً ولا يصلح سبباً للحق حتى ولو كان معلوماً فكيف إذا كان مجهولاً).

مثال: أدعى على فلان مبلغاً من المال لأنه أقر لي، أو قال: ادعى على فلان أنه أقر لي بمبلغ -فالدعوى ترد.

ملاحظة:

يقول محمود بن إسرائيل الحنفي في جامع الفصولين ١/٨٤ (قول عامة المشايخ على أن دعوى الأعيان والأموال بسبب الاقرار لا تصح، لأن نفس الاقرار لا يصلح سبباً للاستحقاق).

ويقول ابن الغرس الحنفي في (الفواكه البدرية) (ص ١٤١) (فعللته -أي بطلان دعوى الاقرار بالمعلوم- بما ذكره مشايخنا من أن الاقرار إخبار لا سبب لزوم المقربه على المقر، والمفروض أن المدعي علل وجوب المدعى به على المقر بالاقرار ، فكأنه قال: أطالبه بما لا سبب بوجوبه عليه أو لزومه إلا إقراره، وهذا كلام باطل).

شروط ركن الدعوى

١-أن لا تكون مناقضة لأمر سبق صدوره من المدعي.

٢-أن تكون بتعبيرات حازمة قاطعة/ إلا الدعاوي الجنائية.

٣-أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحق الذي يدعيه/ غير راجح.

٤-أن تكون بلسان المدعى عيناً/ اشترطه أبو حنيفة فقط.

٥-أن يذكر المدعي في دعوى العين أن العين بيد خصمه.

٦-أن يصرح المدعي فيها بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق.

٧-أن تتضمن طلب احضار المدعى به قاله الحنفية وهو غير راجح.

٨-أن يطلب المدعي فيها من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب /حنفي غير راجح.

٩-أن تكون في مجلس القضاء.

أولاً: التناقض:

تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه.(٢)

من صور التناقض:

١-التناقض من المدعي في الدعوى الأصلية: كأن يطلب شخص شراء شيء من غيره أو هبته أو إجارته ثم يدعي ملكية ذلك الشيء. (٣)

١- قواعد الأحكام ٢/١٢٥.
٣- مغني المحتاج ٤/١١٠ والفروع ٢/٨٠٨ كشاف القناع ٤/٢٠٢

٢-التناقض من المدعى عليه: مثل أن يدعي شخص على آخر وديعة فينكرها المدعى عليه، فيقيم المدعي البينة على الايدا فيدفع الخصم بردها أو هلاكها.

أو ادّعى ديناً على خصم أنكره، فأقام بينة فقال الخصم قضيته إياه لا يقبل الدفع.(١)

شروط تحقق التناقض

قال ابن فرحون (من ادعي عليه بحق فجحد، وعند ما خشي البينة أقر وادعى اسقاط الحق بوجه ما لا ينفعه) (٢).

١-ان يكون الأمران المتناقضان (الدعوى وما صدر عنها) صادرين عن شخص واحد أو عن شخصين هما في حكم الشخص لواحد كالوكيل والموكل.

٢-أن يكون الأمران قد صدرا في مجلس القضاء، أو أن يثبتا بالحجة الشرعية عند القاضي (لأن الثابت بالبيان كالثاب لعيان).

٣-يذكر بعض الحنفية أن التناقض المانع من سماع الدعوى لا يتحقق إلا إذا كان الكلام السابق قد أثبت حقاً لشخص بعينـ .لك لا يكون إلا إذا صدر هذا الكلام في وقت كان لقائله منازع فيه.

فصيل الشرط الثالث (للحنفية):

الاعتراف قسمان:

أ-اعتراف من ذي اليد .

ب-اعتراف من الخارج.

أ-اعتراف من ذي اليد:

اعتراف بعدم الحق في حالة النزاع: ففي اعتبار هذا الاعتراف اقراراً بالحق رأيان (روايتان).

١- الجامع الصغيراقرار... الأصل ليس اقراراً.

٢-في حالة عدم النزاع: اتفقوا على عدم اعتباره اقراراً.

ب-اعتراف الخارج بعدم الحق:

١-في حالة النزاع: اتفقوا على اعتبار اعترافه اقراراً بالملك المتنازع.

جامع الفصولين (ولو اقر غير ذي اليد عند النزاع ينبغي أن ينفذ اقراره وفاقاً لأنه نفى عن نفسه ملك غيره ظاهراً، وهذا خز ر، فصرف إلى أنه اقرار به لذي اليد وفاقاً بقرينة اليد والنزاع).

٢-في حالة عدم النزاع روايتان (٣)

.هذا مذهب الحنفية، أما بقية المذاهب فقالوا: (من أقر بعين لغيره لا يمكن من ادعاء ملكيتها فينظر عندهم: فما اعتبروه اقرار مانعاً، وما لم يعتبروه اقراراً لم يكن مانعاً).

مثال على رأي الحنفية:

لو قال: هذه الدار ليست لي، ثم ادعاها بعد ذلك:

أ-إن كانت العين في يده ولم يكن له منازع عند قوله قبلت الدعوى باتفاقهم.

ب-إن كانت العين في يده وكان له منازع قبلت على رواية الجامع الصغير، ولم تقبل على رواية الأصل.

٤-ويشترط في التناقض حتى يكون مانعاً من سماع الدعوى أن لا يكون التوفيق بين المتناقضين ممكناً- عند الفقهاء الثلاث

ح الصنائع ٦/٢٢٤ العقد المنظم للحكام ٢/١٩٨   ٢- تبصرة الحكام ١/١٣٦   ٣- جامع الفصولين ١/١٢٥ درر الحكام ٢/٣٥٤

وللحنفية تفصيل-.

٥-يشترط لتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى أن يكون الأول قد كذب شرعاً بالقضاء، فلو ادّعى شخص على آخر على أنه كفل له عن مدين فأنكر الكفالة وحكم به القاضي وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادّعى على المدين أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك قبلت هذه الدعوى وسمعت البينة وإن كانت هذه الدعوى مناقضة لما سبق منه من إنكار للكفالة عندما ادعاها عليه الدائن، وذلك لأن انكاره السابق بطل مفعوله بتكذيب الحاكم له.

حكـــــــم التناقض

حكم التناقض: رد الدعوى وعدم سماعها، ولكن حكم التناقض يرفع في الحالات التالية فتسمع الدعوى:

١-**تصديق الخصم:** فلو أن شخصاً ادعى على آخر ألف دينار بسبب القرض، ثم ادعاه عليه بسبب الكفالة فصدقه المدعى عليه سمعت دعواه بالرغم من تناقضه.

٢-**قول المتناقض:** تركت كلامي الأول وأدعي بكذا (بأن ادعاه أولاً مطلقاً ثم ادعاه بسبب).

٣-**التوفيق الفعلي بين المتناقضين:** ادعى شخص داراً بهبة أو شراء من أبيه، ثم إدعاها إرثا منه، تسمع دعواه الثانية لإمكان التوفيق بين الكلامين بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه فعجز عن إثبات ذلك لعدم البينة ثم ورثه بعد ذلك. (١)

استثناءات عدم التناقض

يقرر علماء الحنفية أن التناقض لا يمنع من سماع الدعوى في حالتين:

أ-الحالة الأولى: المسائل التي تخفى أسبابها:

١-**مسائل النسب:** ذلك كأن يقر شخص بأن فلاناً ابنه من الزنا -وكان مجهول النسب-، ثم يدعي أن ابنه من النكاح، تسمع دعواه.

٢-**مسائل الإرث والرضاعة.**

٣-**مسائل العتق:** كما لو أقر مجهول النسب بالرق لرجل، ثم ادعى أنه حر الأصل، تسمع دعواه لأن العتق ينفرد به السيد.

٤-**بعض المسائل المتعلقة بالطلاق:** كما لو ادعت امرأة الخلع، ثم ادعت الطلاق، لأن الطلاق ينفرد به الرجل.

٥-**لو استأجر رجل داراً ثم علم انتقالها إليه بالإرث من أبيه تقبل الدعوى.**

ب-الحالة الثانية: **إذا علم أن المتناقض كان معذوراً في كلامه أو فعله،** كأن يكتب على نفسه صكا بمال ليشهد عليه، ثم يدعي أن بعض هذا المال ربا وبعضه قرض نصدقه ....لأنه مضطر. (٢)

ثانيا: أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه: كأن يقول في الدعوى (مره ليعطني حق أنا أطالبه به).

اختلف الفقهاء في أنه يشترط لصحة الدعوى أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب المدعى عليه بالحق الذي يدعيه. إن معظم المذاهب فيها قولان بخصوص هذا الشرط.

١-**فأصحاب المتون والشروح:** اشترطوا ذكر الحق في الدعوى لتكون مقبولة.

٢-**أما أصحاب الفتاوى:** فصمموا عدم اشتراط ذكر الحق في الدعوى لتكون مقبوله.

والقاعدة في المذهب الحنفي (أن التصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي، و ان كان الأول في الفتاوى والثاني في المتون والشروح، وبناء على ذلك **يكون قول أصحاب الفتاوى في هذه المسألة هو الراجح في المذهب الحنفي).**

١- كشاف القناع ٤/٢٠٣ والفروع ٣/٨٠٨ حاشية ابن عابدين ٧/١٧ قليوبي/ المحلي/ المنهاج ٤/١٦١

٢- [illegible] ٦/٢٢٤ [illegible] ٨٧ [illegible] ص١٣٥

ولكن في الحالات العادية: اذا اختلف الرأي بين أصحاب المتون والشروح و بين أصحاب الفتاوى فالقول لأصحاب المتـ
والشروح.

أما الشافعية لهم رأيان: اشترطه بعضهم، و اعتبره بعضهم ركناً في صحة الدعوى، وقد ذكر الماوردي في تعليل هذا القـ
للشافعية أن القاضي لو حكم على المدعى عليه بتسليم الحق إلى المدعي من غير طلبه، كان مجبراً لصاحب الحق على أخذ حقه لأنه
يطلب حقه.(١)

وهنالك قول آخر للشافعية لا يشترطه للاكتفاء بدلالة الحال.

أما الحنبلية: لهم قولان، والراجح عدم اشتراط ذكر المطالبة.(٢)

والراجح عندنا عدم اشتراط هذا الشرط.

ثالثاً: أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً (عدم جواز التوكيل بالخصومة).

اشترط أبو حنيفة هذا الشرط:

١-اذا لم يكن في المدعي عذر مقبول.

٢-واشترط المدعى عليه رافضاً أن تكون الدعوى بلسان غير المدعي من وكيله وغيره، فإن تخلف أحد هذين الشرطين صحـ
دعوى بلسان غير المدعي.

وعدم جواز التوكيل في الخصومة انفرد به أبوحنيفة، وخالفه الصاحبان و غيرهم من الفقهاء. (٣)

رابعاً: أن تتضمن الدعوى طلب إحضار المدعى به.

اشترطه بعض الحنفية فقالوا (لابد أن يقول: فواجب عليه احضاره مجلس الحكم لاقيم عليه البينة ان كان جاحداً) (٤)

والأظهر أن هذا ليس شرطاً في صحة الدعوى، بدليل أنه لا يطلب إلا إذا كان المدعى عليه منكراً، وهذا لا يعرف إلا بعد طلـ
جواب من الخصم، وهو لا يجيب إلا على دعوى صحيحة، والفاسدة لا يترتب عليها وجود الجواب، ولأن وجوب احضار المدعي به -إ
ن قابلاً لذلك- يعتبر أثراً من آثار الدعوى الصحيحة -التي اكتملت الشروط الأخرى فيها-.

خامساً: أن يطلب المدعي من القاضي تكليف المدعي عليه الجواب.

قال بعض الحنفية بهذا الشرط قياساً، والاستحسان عدمه، وقد قال كثير من الفقهاء بعدم اشتراطه(٥) .

الآثار المترتبة على رفع الدعوى(٦)

لقد علمنا سابقاً أن الدعوى عند الفقهاء تعرف شرعي، كما تقدم في الباب الأول عناصر هذا التعرف وشروطه، فإذا قامـ
وى بجميع عناصرها واستوفت شروطها، ترتب عليها آثار شرعية هي:

١ - وجوب النظر في الدعوى بالنسبة للقاضي.

٢ - وجوب حضور الخصم.

٣ - وجوب الجواب عليها.

...ر في الدعوى

إن الدعوى إذا رفعت إلى القاضي في مجلسه كان مكلفاً بالنظر فيها إلى أن تنتهي بالحكم أو بغيره من صلح ونحوه، وفي
نظره فيها ينبغي مراعاة مبادىء وأصول أشار إليها الفقهاء، فالزموه ببعضها واستحبوا له البعض الآخر. وكيفية للأفعال التي

...وردي /الحاوي ١٣/٤٤).

٢- (المغني لابن قدامة ٩/٨٦).

...ع الصنائع ٦/٢٢٢ تبصرة الحكام ١/١١١ المحلى لابن حزم ٩/٢٣٦ منتهى الارادات القسم الأول ٤٤٤.

٤- جامع الفصولين ١/٧٠ والبحر الرائق ٧/١٩٦.

...ة الحكام ١/٣٨) .

٦- الجزء الثاني من كتاب نظرية الدعوى د. محمد نعيم

يتبعها مع الخصوم، بحيث لا يقدم ما يجب تأخيره، ولا يؤخر ما ينبغي تقديمه، وإنما ابتدأنا بهذا الفصل (النظر في الدعوى) لأن ما فيه من المبادىء والكيفيات ينبغي مراعاتها في جميع مراحل النظر في الدعوى من أول الأمر باحضار الخصم إلى أن تنتهي بالحكم، وقد اشتمل هذا الفصل على مبحثين:

أ-أصول المحاكمة.

ب-كيفية سير القاضي مع الخصوم.

اصول المحاكمة

إن أهم المبادىء التي ينبغي على القاضي مراعاتها أثنا النظر في الدعوى خمسة:

صرح الفقهاء ببعضها وأشاروا إلى الأخرى بما ذكروه من مسائل، وأوجبوا بعضها على القاضي واستحبوا له البعض الآخر.

وهذه المبادىء الخمسة:

١-المساواة بين الخصوم.

٢-علنية المحاكمة.

٣-مواجهة الخصوم بعضهم ببعض.

٤-حرية الخصوم في الدفاع.

٥-اعتدال القاضي أثناء النظر في الدعوى.

١-المساواة بين الخصمين:

استحب بعض الفقهاء المساواة بين الخصمين في المعاملة أثناء المحاكمة، ورد عليهم القاضي الشافعي ابن أبي الدم فقال بوجوبها(١) . وقال: إن كل ما يؤدي إلى التمييز بينهما حرام، ورأي ابن أبي الدم أوجه وألصق بروح الشريعة ، والمساواة بين الخصوم من حيث مكان المحكمة -في وسط البلد- ومن حيث:

١- الدخول عليه بالترتيب.

٢- توجيه السؤال.

٣- الابتسام والإشارة.

٤- التلقين في الرجوع أو الاقرار أو غير ذلك.

وفي هذا الباب أحاديث ضعيفة منها (من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر).(٢)

وأقوى الأدلة في هذا:

رسالة عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه (آس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك).

وقد أطال ابن القيم في تصحيح رسالة عمر و شرح الكلام المذكور فقال(٣) (إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة. فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه، أو القيام له، أو بصدر المجلس، والاقبال عليه، والبشاشة له ، والنظر إليه، كان عنوان حيفه وظلمه).

وقد اختصم عمر مع أبي بن كعب، فترافعا إلى زيد بن ثابت، فقدم زيد عمر في صدر المجلس، فقال له عمر: جرت في أول

القضاء، وقال زيد لأبي: أعف أمير المؤمنين من اليمين، فحلف عمر... وأخيراً أقسم عمر لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون ء ورجل من عرض المسلمين عنده سواء) (١).

ومن المساواة: جلوس الخصمين بين يدي القاضي (لما ورد في حديث عبد الله بن الزبير أن رسول الله ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم)(٢).

ومن أجل المساواة منعوا القاضي من بعض التصرفات:

١- **كرهوا له المتاجرة بنفسه**: قال عمر لشريح (لا تسار ولا تضار ولا تبع ولا تبتع مادمت في القضاء).

وقال عمر بن عبدالعزيز.(تجارة الولاة لهم مفسدة، وللرعية مهلكة).

٢-**كرهوا للقاضي أن يستعير أو يقترض ممن لم يكن قبل القضاء يستعير أو يقترض منه.**

٣-**يحرم عليه قبول الهدية، ففي الصحيح (هدايا العمال غلول).** (٣)

وأجاز كثير من الفقهاء، للقاضي قبول الهدية ممن اعتاد إهداءه قبل القضاء بشرطين:

١-أن لا يكون بينه -المهدي- وبين أحد خصومة وقت الهدية.

٢-أن لا يزيد في الهدية عما إعتاد قبل القضاء

٣- وقد حرم ابن قدامة قبول الهدية على القاضي، وقال الحنفية يكره ولا يحرم، أما اثناء المحاكمة فحرام.(٤)

٤-**ينبغي للقاضي تجنب الولائم** -إلا وليمة النكاح-، وأجاز الحنبلية والشافعية حضور الولائم.

٥-**وليس للقاضي أن يضيف أحد الخصمين.**

٦-**ويكره للقاضي أن يلتقي للخصوم في القضاء** حتى لا يعلم الخصوم قوله، وقد روي عن شريح أنه حين سئل عن مسا لحبس قال (إنما اقضي ولا أفتي).

التسوية بين الخصمين المسلم والكافر: ذهب المالكية إلى وجوب التسوية بين المسلم والكافر في الجلوس بين يدي الحاكم.

وقال الشافعية والحنبلية: بل يميز بينهما في الجلوس.

د بعض الذرائع على القاضي:

١-**عدم جواز قضاء القاضي بعلمه**: وهذا رأي كثير من الفقهاء منهم المالكية ومتأخرو الحنفية (وقول للشافعية) والحنبلية والإما عمد في رواية، وهذا هو الأحوط/وأجازه الشافعية في المشهور عندهم والصاحبان ورواية عن أحمد والزيدية والإمامية.

٢-**منع القاضي من النظر في خصومة له فيها مصلحة أو رحم.**

٣-**منع القاضي من استماع إلى امرأة جميلة** أو ذات منطق جذاب، بل الأولى أن توكل عنها وكيلاً، هذا رأي بعض الفقهاء.

-علنية المحاكمة:

نصت المادة ١٨١٥ المجلة (يجري الحاكم المحاكمة علناً، ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم)، والواقع العملي زم سول الله ﷺ والصحابة أنهم كانوا يجرون المحاكمة علنية، واستحب الفقهاء حضور العلماء مجالس القضاء.

قال الكمال بن الهمام (روي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة، ويستحب أن يحضر لسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبوبكر يحضر عمر وعثمان وعلياً، حتى قال أحمد: يحضر مجلسه العلماء من كل مذهب ـاورهم فيما يشكل عليه). (٥)

-المواجهة بين الخصوم:

الأصل في الفقه الإسلامي أنه لا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم، فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهم صاحبه لا في مجلس قضائه ولا في خلوته، ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر. (٦)

بسوط ٧٣/١٦ والمغني لابن قدامة ٨١/٩. ٢- رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم وأقره الذهبي. ٣- رواه أحمد والبيهقي ٦٨٩٨ صحيح الجامع.
لمغني ٧٧/٩). ٥- فتح القدير ٤٦٧/٥ ٦- القوانين الفقهية ٢٨٥ تبصرة الحكام ٤٢/١ منح الجليل ١٦١/٤

غير أنه اذا ظهر اللدد والتعنت من أحد الخصوم في غيابه جاز للقاضي النظر في الخصومة وإن ظل غائباً، كما يجوز للقاضي أن يطلع على الخصومة اذا عرضها عليه المدعي وإن كان خصمه غائباً ليعرف وجهها أي صالحة أو باطلة.

٤-حرية الدفاع:

إن القاضي مأمور بإتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى لتقديم كل ما عنده من حجج وغيرها، حتى لا يكون لأحد منهما عذر بعد الحكم، فيكون ذلك كما قال عمر رضي الله عنه (أجلى للعمى وأبلغ للعذر)(١).

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ إعطاء الفرصة للمدعى عليه في التهرب من إجابة دعوى المدعي، كأن يسكت أو يصر على عدم الإقرار والإنكار معاً، إذ بذلك لا يمكن معرفة وجه الحق والحكم به، ولذلك قال بعض الفقهاء: إن المدعى عليه إن لم يجب على دعوى المدعي بإقرار أو إنكار حبس وأدب، فإن أصر على عدم الجواب حكم عليه، لأن الاصرار على ذلك في قوة الانكار.(٢)

وهذا المبدأ لا يعني حرية الخصومة بالمشاجرة والسب في مجلس القضاء، أو اتهام القاضي بالظلم. فإذا حصل هذا فللقاضي زجره وعقوبته.

٥-اعتدال القاضي أثناء نظر الدعوى:

يجب أن يكون حال القاضي معتدلاً من ناحية الراحة والشبع والطمأنينة، ففي البخاري ومسلم **(لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان)** (٣).

وقد كتب عمر إلى أبي موسى:

(إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة، فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر).

ومع أن النص وارد في الغضب إلا أن الفقهاء ألحقوا به كل ما يشغل النفس: من الهم والنعاس والعطش والتخمة والخوف والمرض وشدة الحزن والسرور ومدافعة الأخبثين وغير ذلك.

وفي ذلك يقول ابن دقيق العيد (النص وارد في المنع من القضاء حالة الغضب، وذلك لما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النظر وعدم استيفائه على الوجه الصحيح، وعداه الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تشويش الفكر كالجوع والعطش، وهو قياس مظنة على مظنة) (٤).

وقال ابن حجر(٥) (وقول ابن دقيق العيد –قياس مظنة على مظنة– صحيح، وهو استنباط القلب معنى دل عليه النص، قال الشافعي في الأم(٦) أكره للحاكم أن يحكم وهو جائع أو تعب أو مشغول القلب فإن ذلك يضر الحكم).

وقد استنبطه بعضهم كذلك من الحديث في الصحيحين **(إذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد، فلا يدري لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه)**.

حكم القضاء أثناء الغضب ونحوه: حمل الجمهور النهي عن القضاء في حال الغضب ونحوه **على الكراهة**، مع أن النهي **ظاهر في التحريم**، وهو ما ذهب إليه الصنعاني(٧)، ولذا فالصنعاني يرى عدم نفاذ الحكم **(فالنهي يقتضي الفساد، والتفرقة بين النهي للذات والنهي للوصف كما يقول الجمهور غير واضح)**، وذهب بعض الحنبلية إلى عدم نفوذ الحكم مع الغضب لأنه منهي عنه بنص الحديث الصحيح ومقتضى النهي فساد المنهي عنه، وأما الجمهور فقالوا بالكراهة، لأن النهي ليس لذات الغضب وإنما لوصف قد يؤدي إليه وهو تشويش الفكر الذي قد يؤدي إلى الظلم) (٨)

كيفية سير القاضي مع الخصوم:

لابد قبل أن ينظر القاضي في الدعوى من أمرين:

١- المبسوط ١٦/٦٣. ٢- الشرح الكبير ٤/١٥١) ٣- فتح الباري ١٣/١٣٧ [illegible]

١- **دعوة الخصم إلى التقاضي والحضور إلى مجلس القضاء:** وإجابة الخصم للمدعي بشأن الحضور واجبة التلبية ديانا معظم الأحيان، إلاّ أنه لا يترتب على عدم الاجابة عليها جواز الحكم على الغائب، بخلاف دعوة القاضي، **فإنه يجب تلبيتها د وقضاء**، حتى إذا امتنع عن تلبيتها جاز للقاضي الحكم غيابيا.

٢ – **الادعاء أمام القاضي بالحق المطلوب. ثم بعد ذلك:**

إذا جلس القاضي للقضاء نظر بالخصومات بالترتيب، وينبغي الفصل في المحاكمة بين الرجال والنساء.

إذا جاء المدعي منفرداً له أن ينظر في قضيته ليري استيفائها أو بطلانها، أما إذا جاء المدعي مع المدعي عليه فموقف المدعي عليه إمّا:

أ- أن يقر فيكتب القاضي اقراره ويأمره بإيفاء الحق ولا ينفعه الإنكار بعد الاقرار (لا عذر لمن أقر)(١) ب – وإما أن المدعى عليه فيتوجه القاضي بالسؤال الى المدعي، فيسأله إن كان معه بينة أم لا، لما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه للحضرمي عندما ادعى أرضا على رجل من كندة وأنكر خصمه (ألك بينة)(٢) .

ج- **الحالة الثالثة:** أن يسكت المدعي عليه فلا يقر ولا ينكر، فمن الفقهاء من يعتبر هذه الحالة اقراراً، ومنهم من يعتبرها إنكا **وإن كان مع المدعي بينة استمع إليها القاضي**

وإن ادعى المدعي غياب بينته أعطاه القاضي مهلة لاحضارها. أو يسأله إن كان يريد يمين خصمه، ولا يجوز للقاضي أن يـ يمين خصمة (المدعي عليه) إلا إذا طلب المدعي ذلك، لأن اليمين حق المدعي بعد أن يصرح المدعي بوجود بينته حاضرة أو غائبة، و أي الشافعية وأبي يوسف.(٣)

وذهب معظم الحنبلية والحنفية إلى أنه ليس للمدعي طلب تحليف الخصم إن كانت بينته حاضرة(٤) .

التعجيل بالحكم: إذا استمع القاضي من الخصمين أقوالهما من حجج وجواب و دفوع وطعون، ووضح الحق أمامه، وجب صدار حكمه على الفور وإيصال الحق إلى صاحبه.

الحالات التي يجوز للقاضي فيها تأخير الحكم:

١ – **إذا كان القاضي يرجو صلحاً بين الخصوم:**

أ – الصلح بين الطائفتين ﴿ فأصلحوا بينهما ﴾*

ب – بين الزوجين ﴿ والصلح خير ﴾ .

ج – بين الناس ﴿ ... لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾ ، وفي الصحيح الذ)ه الترمذي (**الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً**).

والصلح يكون بإيصال الحق إلى صاحبه (... وكثير من الظلمة المصلحين يصلح بين القادر والضعيف المظلوم بما يرضي تادر صاحب الجاه، ويكون له فيه الحظ، ويكون الإغماض والحيف فيه على الضعيف، ويظن أن قد أصلح، ولا يمكن المظلوم من أ ـه، وهذا ظلم) هذا قول ابن القيم.(٥)

والصلح الذي يندب للقاضي عمله هو في حقوق العباد، أما حقوق الله كالزكاة والكفارات والحدود فالصلح فيها- كما يقول ا يم – بين العبد وربه في إقامتها لا في اهمالها، ولهذا لا يقبل في الحدود، و إذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع(٦)

٢ – **إذا طلب أحد الخصوم الإمهال لاحضار حجة غائبة أو دفع:**

يقول عمر رضي الله عنه (ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذ تحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعمى).

٣ – **إذا اشتبه على القاضي الأمر أو وقع في نفسه ارتياب فيما أبداه أحد الخصوم من حجج وكانت الشبهة قوية فله تأخ** كم ليبحث عن الحق ويوالي الكشف.

ـزني والباجوري ٢/٣٨٨. ٢- النووي/ مسلم/ ٣/١٥٨ . ٣- نهاية المحتاج ٨/١٠١).
شاف القناع ٤/١٩٨. ٥- اعلام الموقعين ١/١٠٨. ٦- اعلام الموقعين ١/١٠٨.

الأعذار عند المالكية

بعد أن تتضح الحجج وأعطي كل واحد حقه من الإمهال وغيره قال الفقهاء:

يصدر القاضي حكمه، وقال المالكية لا بد من الاعذار:

الاعذار: هو سؤال من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه؟

قال مالك: (وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما، وفهم القاضي عنهما، وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة؟ فإن قالا:

لا، حكم بينهما، ثم لا يقبل منهما حجة بعد انفاذ القضاء)(١).

الحالات التي يجب على القاضي اعذار من توجهت ضده البينة:

١ – يعذر كل من قامت عليه بينة بحق من الحقوق في معاملة أو نحوها، كمن قامت عليه بينة بترتب دين في ذمته.

٢ – يعذر كل من قامت عليه بينة بفساد أو غصب أو تعد بشرط أن لا يكون مشهوراً بفساد أو زندقة.

٣ – يعذر كل من قامت علية بينة في الأسباب الشرعية القديمة أو الحديثة كنكاح أو موت، وفي الوقف إن كان قديماً.

الحالات التي لا يعذر فيها من توجهت ضده البينة:

١ – إذا كان من أهل الفساد الظاهر أو الزنادقة المشهورين.

٢ – إذا كان استفاضت عليه الشهادة بسبب من الاسباب الشرعية كالاضرار بالزوجة.

٣ – عدم وجوب اعذار المحكوم عليه ببينة شهدت عليه أنه أقر أو أنكر في مجلس القاضي.

٤ – عدم وجوب اعذار المحكوم عليه بشهود ثقات فائقين في عدالتهم إلا من أجل الطعن في قرابتهم أو عداوتهم له.

الاسس التي تحكم سلطة القاضي في نظر الدعوى

١ – المساواة بين الخصوم في كل معاملة تصدر عن القاضي خلال النظر في الدعوى.

٢ – منع المماطلة واللدد (الخصومة العنيدة) الصادرين عن أي خصم من الخصوم.

٣ – حفظ هيبة مجلس القضاء.

حضور الخصوم وغيابهم:

تقدم فيما سبق أن المدعي إذا أراد المطالبة بحقه المعتدى عليه عن طريق القضاء سلك أحد سبيلين.

١ – أن يتوجه أولاً إلى خصمه يطلب منه الحضور معه إلى مجلس القاضي، وذلك قبل أن يطلب من القاضي إحضاره من أجل النظر بالخصومة بحضور الاثنين.

٢ – أن يتوجه الى القاضي في مجلسه مباشرة فيطلب منه احضار خصمه المدعى عليه من أجل الخصومة.

وبناء على سلوكه أحد هذين الطريقين يحتمل أن يستجيب المدعي عليه ويحتمل أن يمتنع، فإن استجاب نظرت الدعوى كما سبق.

وإن امتنع فقد رتب الفقهاء أحكاماً نفصلها على النحو التالي في المواضيع التالية:

١ – دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه.

٢ – دعوة القاضي للمدعى عليه وكيفية إحضاره.

٣ – في محاكمة الغائب.

دعوة المدعي لخصمه:

الأصل يجب على المدعى عليه الإجابة (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون)، قال المازري المالكي (فيه دليل على أن من دعي الى حاكم فعليه الإجابة ويحرج إن تأخر أي يأثم).

الأعذار التي تسقط وجوب الحضور:

١ - المرض الذي لا يستطيع المطلوب معه الحضور إلى مجلس القضاء.

٢ - إذا كان المدعى عليه امرأة غير برزة (لا تظهر)، فقد يمنعها الحياء، والدليل (أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها).

٣ - الجنون وزوال العقل بالإغماء.

ملاحظة: هذا الكتاب (فقه الإجراءات والمرافعات) لخصه الإمام الشهيد عبدالله عزام لطلاب الجامعة الإسلامية العالمية -إسلام أباد- إبان تدريسه فيها أوائل الثمانينات.

ومن باب إتمام الفائدة، رأينا من المناسب طباعته على شكل كتيب ليسهل على طلبة العلم تناوله بأسلوب سهل.

وهذا الملخص يستكمل ما يطلب عادة في المنهاج الجامعي.

أخيراً نرجو الله عز وجل أن يثيب صاحب هذا القلم وأن يكرم نزله وأن يجزيه عنا وعن المسلمين خير الجزاء. (الناشر)